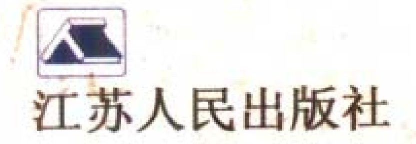
《汉译大众精品文库》经济类

资本的秘密

[秘鲁]赫尔南多·德·索托 著
王晓冬 译

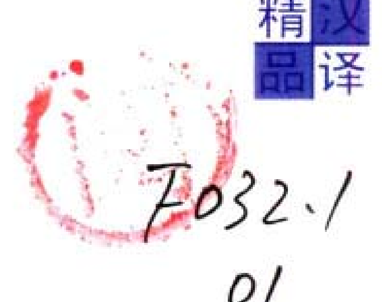
THE MYSTERY OF CAPITAL





江苏人民出版社

《汉译大众精品文库》经济类

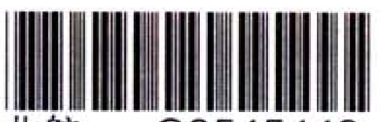




资本的秘密

[秘鲁]赫尔南多·德·索托 著
王晓冬 译





图书在版编目(CIP)数据

资本的秘密 /(秘鲁)赫尔南多·德·索托著;王晓冬译.—南京:江苏人民出版社,2000
(汉译大众精品文库)
书名原文:The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs In the West and Fails Everywhere Else
ISBN 7-214-02722-4

Ⅰ.资... Ⅱ.①索...②王... Ⅲ.资本-研究
Ⅳ.F032.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 55629 号

书　　名	资本的秘密
著　　者	(秘鲁)赫尔南多·德·索托
译　　者	王晓冬
责任编辑	曹富林
责任监制	王　旭
出版发行	江苏人民出版社(南京中央路 165 号　210009)
网　　址	http://www.jspph.com http://www.book-wind.com
经　　销	江苏省新华书店
印 刷 者	丹阳教育印刷厂
开　　本	850×1168 毫米　1/32
印　　张	8.25　插页 2
字　　数	171 千字
版　　次	2001 年 1 月第 1 版,2001 年 1 月第 1 次印刷
标准书号	ISBN　7—214—02722—4/F·641
定　　价	14.00 元

(江苏人民版图书凡印装错误可向本社调换)

作 者 简 介

赫尔南多·德·索托目前是总部位于秘鲁利马市的自由与民主学会的主席，最近还被《时代》杂志1999年5月的《新千年的领导人》特刊评选为本世纪拉美地区五位主要改革家之一。此外，《经济学家》杂志认为，自由与民主学会是占全球排名第二位的重要思想库；《财富》杂志也在其第60期年度专刊中，认为德·索托是20世纪90年代最具有号召力的50位世界领导人和思想家之一。

德·索托于1941年出生于秘鲁的阿雷基帕，在日内瓦国际高等教育学院完成他的研究生学业。他曾担任《关贸总协定》的经济学专家、铜输出国组织执行委员会主席、通用工程公司执行董事、瑞士银行组织顾问团负责人，以及秘鲁中央储备银行总裁。

德·索托曾担任秘鲁总统阿尔贝托·藤森的私人代表和首席顾问，直到发生政变时才辞去职务。在那一时期，他和自由与民主学会负责制定了400多份法案和法令，使秘鲁的经济和政治制度得以现代化，使大多数人都可以参与其中。大多数改革起始于1990年；当时，自由与民主学会为当选总统藤森制定了稳定经济、控制通货膨胀、重返国际金融市场的经济政策。1993年，在藤森总统的公开支持下，德·索托通过起草

计划和进行谈判，粉碎了政变，使秘鲁重新实现了民主选举。

德·索托的主要活动是和自由与民主学会一起为亚洲、拉美和中东的贫困国家制定和推行了资本形成计划。

德·索托出版过关于经济发展的书籍《另外的道路》。该书成为拉美地区头号畅销书，其英文版也名列《华盛顿邮报》畅销书排行榜，之后又被翻译成10多种文字出版。

目　录

第一章　资本的五个神秘之处

> 关键问题是要查明，历史上的资本主义为什么好像生活在与世隔绝的钟罩里？它为什么无法扩张并占据整个社会？……（为什么）资本形成的巨大速度只可能出现在某些社会部门，而没有出现在当时的整个市场经济中？
>
> ——费尔南德·布罗代尔，《商业的发展》

在全球五分之四的人口看来，资本主义最伟大的成功时刻就是它的危机到来之时。

柏林墙的倒塌结束了东西方之间长达一个多世纪的政治斗争。资本主义峭然耸立，成为合理组织现代经济的惟一可行方式。历史发展到这一时刻，有责任感的国家别无选择。结果造成，第三世界国家和前共产主义国家。[①]带着不同程度的热情平衡预算、削减补贴、引进外资并降低关税壁垒。它们的努力换来了痛苦的失望。从俄罗斯到委内瑞拉，过去的这五年间充满了可怕的经济灾难，国民收入急剧下降，到处都是

忧虑和怨恨；用马来西亚总理马哈蒂尔·穆罕默德（Mahathir Mohamad）尖锐的言词来说，“这是一个饱尝了冻馁、暴乱和掠夺的年代”。《纽约时报》最近的一篇社论指出：“对于世界上大多数地方而言，西方国家在冷战胜利的余辉中所颂扬的市场，已经被市场的残酷性、对资本主义的警惕性和不稳定现象的危险性所取代。”资本主义只在西方取得过成功；而事实上，它也许能够成为治疗经济和政治灾难的药方。

正享受着和平与繁荣的美国人很容易忽略地球上其他地方的动荡不安。道·琼斯平均指数比埃德蒙·希拉里（Edmund Hillary）爵士[②]爬得还要高，资本主义又怎会处于困境呢？美国人发现，尽管第三世界国家和前共产主义国家步履缓慢、蹒跚，但还是正在取得进步。你毕竟能在莫斯科吃到麦当劳的巨无霸汉堡包，能在上海租到好莱坞斥巨资拍摄的电影的录像带，能在加拉加斯[③]接入互联网。

然而，即使美国也不大可能抑制住一种不祥的预感。美国人看到，哥伦比亚徘徊在贩毒武装和受压迫的民兵组织之间的游击战争的边缘；墨西哥南部接连爆发难以驾驭的暴乱；亚洲强行发展出来的经济增长的一个重要部分消耗在腐败和混乱状态之中。最不利的是，在前共产主义国家里，资本主义制度一事无成，而旧政权时期的官僚即将重新掌权。有些美国人还感觉到，美国长达十年的经济繁荣的一个原因在于，世界其他地方越不稳定，美国的股票和债券对国际资金就越有吸引力。

西方商业社会的担心日益增长，害怕由于世界上大多数地方没有成功地实现资本主义，最终会导致世界上的富裕经济陷入衰退。诚然，市场上新兴流动资金的减少已经使数百

万名投资者痛苦地意识到，经济全球化是双向的过程：如果第三世界国家和前共产主义国家不能摆脱西方国家的影响，西方国家也不可能摆脱第三世界国家和前共产主义国家的影响。在富裕国家内部，资本主义的不良反应也一直在逐渐增强。日本正在艰难地度过自大萧条时期[4]以来最漫长的衰退。西欧民众投票拥护那些保证推行"第三条道路"（"第三条道路"是对一本题为《悲惨经济》的法国畅销书驳斥的观点）的政治家。

尽管这些微弱的示警声令人不安，然而到目前为止，也只不过是让美国和欧洲的领导人向第三世界国家和前共产主义国家重复后者已听了很多遍的乏味说词：稳定你们的货币，努力坚持下去，不要理会粮农暴动，然后耐心地等待外国投资者克服他们的恐慌之后再回来投资。

目前，有外国投资当然是一件非常好的事情，而且外资越多越好。稳定的货币也是好事，自由贸易、透明的银行操作、国有企业私有化以及源自西方的每一种补救办法都是好事。我们渐渐忘记，拉美国家自19世纪20年代从西班牙的统治下独立以来，至少已经四次尝试进行旨在创立资本主义制度的改革（拉美国家的铁路由英国人经营，而公用设施则由大陆欧洲人管理）。每次都是在经过一番努力和体验过最初的欣喜之后，又从资本主义和市场经济政策中抽身返回。因此，这些补救办法是不够的。事实上，这些补救办法远远不够，并且基本上与第三世界国家和前共产主义国家里的实际问题毫不相干。

这些补救办法失败之后，美国和其他西方国家也经常会作出回应。它们不是质疑这些补救办法恰当与否，而是责怪

第三世界国家和前共产主义国家的人民缺少企业家精神或者缺少市场定位。如果它们得到各种绝好的建议，而仍然未能繁荣兴盛起来，那就只能怪它们自己：也许是因为它们错过了新教改革，或者是被殖民主义欧洲无能的残余影响所削弱，或者是因为它们智商太低。不过，"'文化'是解释资本主义在日本、瑞士和加利福尼亚这些各不相同的地方取得成功的原因，同样是'文化'，又造成了中国、爱沙尼亚、下加利福尼亚[15]这些依然各不相同的地方的相对贫困"——这种说法非常不近人情，而且无法令人信服。西方国家和世界上其他地方的财富差距太大，不能仅仅用文化上的理由来解释。事实上，第三世界国家和前共产主义国家的大多数人民也渴望从资本中取得收益，移民们于是蜂拥进入西方国家，其中还包括桑切斯的孩子和赫鲁晓夫的儿子。

实际上，第三世界国家和前共产主义国家的城市里充满了企业家：你走过一个中东集市，旅行到一个拉美小镇，或者钻进莫斯科的一辆出租汽车里，都免不了要碰上什么人试图和你谈交易。这些国家的人民拥有智慧、热情和白手起家的惊人能力，能够掌握并运用现代科学技术；否则，美国企业也不会这么费劲地控制其专利不会在国外被侵权使用，美国政府也不会这么迫切地努力不让现代化武器技术落入第三世界国家的手中。第三世界国家和前共产主义国家的人民对市场有充分的认识；市场和人类的历史一样久远（恰恰是因为人类发现了市场，耶稣基督才把钱商赶出了神庙）。

不，第三世界国家和前共产主义国家的人民并不是可怜的乞丐。他们没有无助地陷于陈旧过时的方式中，也不是出现了机能障碍的文化里缺少鉴别能力的囚徒。资本主义已经

为西方国家带来了财富,又是什么原因阻止它为世界上的大多数人带来同样的财富呢?为什么资本主义像是被封闭在钟罩里,只在西方国家发展起来了呢?

我打算在这本书中阐明,阻碍全球五分之四的人口从资本主义中获利的主要绊脚石在于他们无法创造资本。资本是提高劳动生产力、创造国家财富的动力,是资本主义制度的生命线,是发展、前进的基础。无论贫困国家的人民多么热切地参与其他所有以资本主义经济为特征的活动,他们都似乎不可能为自己创造出资本。

我和我的研究小组已经在亚洲、非洲、中东和拉美挨家挨户地搜集到大量事例和数据。在接下来的章节中,我还要借助这些事例和数据来指出,大多数穷人已经拥有了成功地创造出资本主义所必需的资产。即使是在世界上最贫穷的国家里,穷人也有积蓄。实际上,穷人积蓄的价值巨大无比,是第三世界国家和前共产主义国家自 1945 年以来所接受的全部外援的 40 倍。例如在埃及,穷人所积累的财富相当于有记载的外国全部直接投资(包括苏伊士运河和阿斯旺大坝)总额的 55 倍。在拉美最穷的国家——海地,穷人的资产比海地自 1804 年从法国统治下独立之后所接受的所有外国投资大 150 多倍。如果美国最终同意把它的外援预算提高到联合国所建议的水平——即国民收入的0.7%——这个地球上最富的国家也要用 150 多年,才能把与世界上较贫穷的人们已拥有的财富价值相当的资产交给他们。

但穷人掌握这些资产的方式有很大缺陷:房屋建造在没有恰当的所有权记录的土地上;公司没有法人地位,没有明确的责任;企业处于金融家和投资者的视野之外。由于人们对

财产的所有权没有恰当的文件证明,这些财产不能方便地转换成货币,不能在人们所处的互相了解和信任的狭隘地域范围之外进行交易,不能用作申请贷款的抵押品。

相比之下,在西方国家,每一块土地、每一幢建筑物、每一件设备、每一件存货都在所有权文件中得到表述。这些资产和经济的其他方面紧密相联;所有权文件成为这个庞大的潜在联系过程的可见标志。由于这一表述过程,资产就能产生出与它们的物质存在相平行的一种不可见的存在方式。资产能够用作贷款的抵押物,在美国,用于开办新企业的资金的一个最重要的来源就是抵押企业家的房屋。资产还能用作联系资产所有人的信用历史的纽带,用作偿还债务和纳税的记账地址,用作公共设施机构向资产所有人提供服务所需的可靠基础,用作发行有价证券(例如背书抵押债券)的基础——这些有价证券然后又能在二级市场上再贴现和销售。由于这一潜在的、不可见的联系过程,西方国家能够为资产注入活力,使之成为通用的资本。

第三世界国家和前共产主义国家里没有这类表述过程,因此大多"资本不足"——就像一家"资本不足的"公司,它所发行的有价证券少于它的收入和资产所决定的价值。穷人的企业和那些不能依靠发行股票或债券来获取新的投资和资金的公司非常相似。事实上,如果不能使资产在所有权文件中得到表述,资产就只能是"僵化的资本"。

因此,第三世界国家和前共产主义国家的居民——占全球人口的五分之四——确实不是一无所有,但他们缺少表述所有权和创造资本的过程。他们有房屋,但没有所有权凭证;他们有产出,但没有契约;他们有企业,但没有法人地位。他

们能适应从回形针到核反应堆的每一个西方发明，但正是因为他们缺少这些基本的所有权表述，才始终无法创造出使他们国内的资本主义制度发挥功效的足够资本。

我认为这就是资本的奥秘。要解开这个奥秘就必须弄明白：为什么西方人通过用所有权文件来表述资产，就能够从资产中发现并提取出资本。我们知道某些事物的存在（例如资本），但却看不到它们——理解并掌握这类事物一直是对人类思维的最大挑战之一。从柏拉图（Platon）到伊曼纽尔·康德（Immanuel Kant）、卡尔·波普尔（Karl Popper），哲学家们已经懂得：并非任何真实的、有价值的事物都是有形的、可见的。时间是真实的，但只有当它通过钟表或日历表现出来的时候，才能被有效地加以运用。综观历史，人类已经发明创造出一系列表述制度——文字、音符、会计复式记账法——来掌握人手所无法触及的事物。同样，资本主义的伟大实践者们——从创立综合所有权制度和公司股票的奠基人到迈克尔·米尔肯（Michael Milken）——通过设计出新的表述方法，用于体现深藏在我们所积累的资产里的无形的潜能，就能从资产中发现和提取资本，而其他人看见的只是一堆旧货。

正如此时此刻，在你的房间里，你被来自乌克兰、中国和巴西的电视信号所包围，但你看不见这些信号。同样，你也被无形之中暗藏着资本的资产所包围。乌克兰的电视信号很微弱，你无法直接察觉；但在电视机的帮助下，电视信号就能被解码，使你能够看到、听到。因此，资本也能从资产中抽取和加工出来。问题是，只有西方国家具备通过资产表述，大量地把不可见之物转化成可见之物所需的转换过程。我将在这本书里指出，正是这一不同之处说明了为什么西方国家能够创

造资本，而第三世界国家和前共产主义国家却无能为力。

我还要指出，这些国家缺乏这一表述过程，并不是某些西方国家阴谋制造垄断的结果。应该说，西方人认为这套机制完全是天经地义的，对它的存在根本没有自觉的意识。尽管它非常庞大，但没人看得到：美国人、欧洲人和日本人的财富全赖于他们对这套机制的运用能力，但即便是他们也看不到。这套机制是藏在他们的所有权系统内部的固有法律基础——所有权仅仅是冰山一角。冰山的其余部分由复杂的人为过程构成，这个过程能够把资产和我们的工作成果转化为资本。因为它不是从模子里做出来的，也不是用虚有其表的小册子描绘出来的，所以它的起源模糊不清，但它的重大影响就深深地藏在西方资本主义国家的经济潜意识之中。

如此重要的东西是如何进入我们的思维的呢？我们知道如何去做而不明白其原理——这种情况并不罕见。早在成熟的磁理论发展出来之前，海员们就在利用磁铁进行导航；而早在门德尔阐明遗传学原理之前，动物育种者就已经掌握了足够的遗传学知识。西方国家的繁荣起源于充足的资本，但人们果真理解资本从何而来吗？不理解这一点，西方国家就总有可能破坏他们自身的力量来源。弄清资本的起源还会使西方人在面临繁华逝去、危机注定到来之时，做好准备保护自己和世界上其他国家——因为危机总是会来的。到了那时，总会在国际性危机中出现的问题又会被提出来：要花谁的钱来解决这些问题？如果问题不能解决，谁要为之付出代价？

不过，到目前为止，西方国家始终满足地认为，他们用于产生资本的系统完全是天经地义的，并且任由这一系统的历史模糊不清而不加论证。

这段历史必须挖掘出来。本书尝试重新发掘我们对资本的认知，并就此解释为什么说贫穷国家的经济失败和他们的文化遗产或基因遗传中的缺陷没有关系。有人提出过拉美国家和俄罗斯之间有“文化”共通性吗？然而，自它们都在最近十年里在没有资本的情况下开始建设资本主义之日起，它们也开始面临同样的政治、社会和经济问题：显著的不平等、地下经济、黑手党泛滥、政局不稳、资本流失、公然蔑视法律。可以肯定的是，这些问题并非起源于东正教的教堂，也不是出现在印加帝国[⑥]崛起的道路上。

事实上，正如我将在这本书中所指出的那样，并非只有前共产主义国家或第三世界国家才受到这些问题的困扰，甚至在美国也能遇到这些问题——至少在1783年的美国。当时，乔治·华盛顿(George Washington)总统抱怨说：“匪徒们……在牺牲大多数人利益的情况下掠走并消耗掉了这个国家的财富。”他所说的“匪徒”指的就是那些占据着不归他们所有的土地的不合法居民和非法的小企业家。由于城镇之间、矿山之间的所有权法案不尽相同，在接下来的100年里，这些不合法居民和为权利而战的矿工们就土地的合法所有权展开了斗争，令当局大伤脑筋。事实上，遍及年轻的美利坚合众国的新州和新的领土上，执行所有权法案引起了广泛的社会不安和敌对情绪。1820年，美国高等法院大法官约瑟夫·斯托里(Joseph Story)曾怀疑律师们是否有能力平息纠纷，但他也不得不承认，这种情况注定没有简单的解决方案，因为美国“不是一个古老的保守社会，而是一个法律范畴内的新国家”。

听起来耳熟吗？不合法居民、匪徒、公然蔑视法律……美国人和欧洲人一直在告诫第三世界国家和前共产主义国家：

"你们肯定会更像我们。"第三世界国家和前共产主义国家的确很像美国——至少像一个多世纪之前的美国。北美人似乎已经忘记他们曾经也属于第三世界国家。这也正是我在本书中要带你回顾从前那些日子的原因。那时,西方政治家面临着今天的第三世界国家和前共产主义国家的领导人所面临的同样的戏剧性挑战。开发美国西部的拓荒者资本不足,因为他们几乎并不拥有所定居的土地和所拥有商品的所有权文件;亚当·斯密(Adam Smith)在黑市上购物;大笑不止的游客们把硬币扔在泰晤士河泥泞的河岸上,让英国的街头顽童们争抢;16 000名资本不足的小企业家被科尔伯特技术统治论者判处死刑——他们惟一的罪名就是违反法国工业法令制造和进口棉布。

西方国家的历史就是第三世界国家和前共产主义国家的今天。美国和其他西方国家已经成功地把穷人纳人它们的经济,但现在甚至已经忘却了当时的做法,也忘记了使它们如此富裕的资本是如何开始创造的。正如最著名的研究美国革命史的历史学家戈登·伍德(Gordon Wood)所写:"社会和文化中正在发生重大的事情,把普通人的热情和动力释放出来。这在美国历史上前所未有。"[7]当时,美国人和欧洲人正准备建立广泛的正式所有权法案以及法案中使他们得以创造资本的潜在转换过程。

我要在本书中表明,西方国家正是在这一历史时刻跨过分界点成功地实现了资本主义——资本主义不再是一个私人俱乐部,而变成了一种流行文化。乔治·华盛顿所担心害怕的匪徒变成了今天的美国文化所爱戴和尊敬的先驱。

* * *

这一充满矛盾的现象非常明显，同时也很令人不安：西方经济进步中最基本的组成部分——资本——竟然最不引人注目。人们的疏忽使它看起来神秘莫测；事实上，资本共有五个神秘之处。

● 遗漏资料的神秘之处

慈善组织非常强调发展中国家和前共产主义国家中穷人的痛苦和无助，但没人准确地记录下他们积累资产的能力。在过去的五年里，我曾经和来自六个不同国家的 100 名同事合上书本，睁大眼睛——然后走进四大洲的街道和农村，去清点僵化的资本。

● 资本的神秘之处

资本是货币潜在的根源，但我们已经忘记了“资本”的最初含义。马克思（Karl Marx）说过，你必须超越物理学的界限，去接触那只“下金蛋的母鸡”；亚当·斯密认为，你必须“从虚无中创造出一条”抵达那只母鸡的“道路”。资本是什么、它是如何产生的、你如何才能抓住下金蛋的母鸡是我在这个章节中打算破解的神秘之处。

● 政治意识的神秘之处

如果世界上有这么多的僵化资本握在这么多的穷人手里，政府究竟为何没有开发出这批潜在的财富呢？原因在于，随着全世界几十亿人口从小规模组织的生活跃入大规模组织的生活，他们所需要的证明在过去的 40 年里才变成现实。人口向城市迁移，使劳动力迅速分工，在较穷的国家里引发了一场巨大的工业/商业革命——令人不可思议的是，这场革命基

本上被完全忽视了。本书试图将其再现出来。

● 历史意识的神秘之处

第三世界国家和前共产主义国家里正在发生的情况，曾经也出现在欧洲和北美。不幸的是，我们被现代科技和众多国家在向资本主义的转换过程中的失败所催眠，已经忘记了成功的资本主义国家到底是如何取得成功的。几年来，从阿拉斯加到东京，我访问过发达国家的商人和政治家，但无人能给出答案。这个问题变成了一个谜。最后，我在他们的历史书里找到了答案。

● 法律不健全的神秘之处

自 19 世纪以来，今天的第三世界国家和前共产主义国家一直在照抄西方的法律，为它们的人民提供创造财富的结构框架。它们今天还在照抄这样的法律，但显然并没有奏效。大多数人仍然无法运用法律把储蓄转化成资本。其原因和使法律生效的因素都还是未解之谜——这也是本书打算破解的神秘之处之一。

每一个神秘之处中谜都将成为本书中一个章节的主题。

* * *

资本主义为什么在西方——美国、欧洲和日本——取得了非凡成就，而在别处却基本上停滞不前？解答这个问题的时机已经成熟。随着所有看似合理的、能替代资本主义制度的选择都已无影无踪，对资本主义制度的分析也不再是用于冷战的武器，我们终于能够平心静气地仔细研究资本。这本书是一个尝试，是基于我在全世界的考察基础之上，从那些已

完成向资本主义转变的国家的成功经验中提取出来的。我试图把所有这些情况都综合写入本书。

注释：

① 本书作者所称"前共产主义国家"特指十月革命胜利后成立的社会主义国家或某些自称实行社会主义制度的国家。这些国家的重要特征之一，就是实行生产资料的社会主义公有制，用高度集中统一的自上而下的计划取代市场对资源的配置。随着苏联的解体，大多数社会主义国家纷纷实行市场化改革，引入市场机制，发挥市场的调节作用。这种市场化改革使某些国家的经济取得了突飞猛进的发展（如中国），但也使一些国家陷入困境、引发了诸多社会、经济矛盾（如东欧、俄国等独联体国家）。作者在本书中对各社会主义国家社会现象、特别是问题的描述，有些并非由制度产生，在西方资本主义国家同样存在（如腐败），但计划经济的弊端确实存在。因此，作者在本书中竭力倡导的产权制度改革有可借鉴之处。中国自 1978 年实施了一系列的改革开放政策，取得令世人瞩目的成就，但改革并没有改掉社会主义性质，中国是目前最大的社会主义国家，社会主义的优越性在中国得到了充分体现。——编辑注

② 埃德蒙·希拉里爵士：新西兰登山运动家，曾于 1953 年 5 月登上珠穆朗玛峰。——译者注

③ 加拉加斯：南美国家委内瑞拉的首都。——译者注

④ 大萧条时期：指 1929 年到 20 世纪 30 年代早期的世界性严重经济萧条。——译者注

⑤ 下加利福尼亚：即加利福尼亚半岛，是墨西哥北部的一个半岛。——译者注

⑥ 印加帝国：印加人是南美印第安人的一支，曾经自公元 13 世纪开始，在南美大陆上建立起横跨厄瓜多尔和智利的幅员辽阔的帝国，文明高度发达。——译者注

⑦ 戈登·伍德，《创造美国的资本主义》，载《纽约书评》（1994 年 6 月 9 日），第 49 页。

第二章 遗漏的资料

人类迷失在知识的信息海洋之中

——T·S·埃利奥特,《摇滚乐的合唱》

试想有这样一个国家——无人能确认谁拥有什么事物;住址不能轻易地得到核实;人们欠债不还;资源无法方便地转化成货币;所有权无法分割成股份;对资产的描述没有一定的标准,而且不能轻松地进行比较;邻里之间、甚至街区之间管理财产的标准都有所不同。想到这些,你就已经把自己置身于一个发展中国家或者前共产主义国家中了。更准确地说,你已经想像出了那些国家中 80% 的人口的生活。正如南非的种族隔离制度把白人和黑人分开一样,他们和那些已经西方化的特权人士具有显著的区别。

和西方人经常想像的不一样,这 80% 的人口的命运并非彻底绝望无助。事实上,尽管这些人表面上很贫困,而且恰好生活在最不平等的政治制度中,他们所拥有的资产却多得让任何人都无法理解。不过,他们的资产却没有得到表述,无法产生附加值。当你迈步走出尼罗河希尔顿大酒店的门口,你

身后不是一个充满传真机、制冰机、电视机和抗生素的高科技世界;但是,开罗人,包括许多在你看来相当贫穷的人全都拥有这些物品。

在你身后的世界里,财产所有权可以合法地进行交易——借助于你的努力和资产,其中各种制度会使你获得第三方的利益。那些甚至连抵押物和能产生附加值的记账地址都没有的开罗人可能会富有得让你大吃一惊。在开罗城外,一些最贫穷的人生活在被称为“死城”的古墓区。但事实上,差不多全部开罗人如同第三世界国家和前共产主义国家里的几乎所有人一样,都生活在一个死城之中——僵化的资本之城。在这里,资产无法像在发达国家那样得到最充分的利用。

要理解这一点,你需要再次运用你的想像力。这次,你要让你的思绪回到200多年以前,回到美利坚合众国从蛮荒之中创造出一个社会的年代。美国不仅从英国继承了极为复杂的土地法案,而且还继承了一个庞大的、相互重叠的土地转让体制。同一英亩土地可能是英国王室转让给某人的一大片土地中的一块,而另一个人声称这块地是他从一个印第安部落手里买来的,第三个人则是用奴隶从州议会换得这块土地——但这三个人中也许没人真的亲眼看到过这块土地。与此同时,这个国家到处都是移民。他们不等政府赋予他们相应的权利,早早地就在边界线上定居、耕田、修建房屋、转让土地、建立信用。这就是属于拓荒者和“野蛮西部”的年代。称之为“野蛮”的一个理由就是,这些移民(大多数只不过是不合法居民)“坚持认为,是他们的劳动、而不是什么正式的书面所有权文件或是随意划定的边界线,才为土地带来了价值并建立起了固定的所有权”[1]。他们认为,如果他们占有了土地,

并且修建起房屋和农场，使土地得以增值，这块土地就应该属于他们。但联邦政府和州政府不这么认为，官员们派军队来烧掉农场、摧毁建筑物；移民们予以还击。但是，当士兵们离开之后，移民们又重建家园，继续勉强维持他们的生活。

美国历史上的这种情况就相当于第三世界国家和前共产主义国家的现实状况。美国和其他西方国家非常成功地把穷人纳入了他们的经济体制，但他们现在已经忘记了当时是如何做到这一点的，也忘记了使他们如此富裕的资本是如何开始创造出来的——那时，巴黎和格拉斯哥就像今天的利马和雅加达一样，充满了茅屋和村舍工业；儿童们在成堆的垃圾上玩耍；乔治·华盛顿则抱怨"匪徒们"侵入了他的农庄，并在那里不合法定居。

在1950年以前，大多数第三世界国家还是农业社会，会让18世纪的欧洲人觉得像回到家里一样。大多数人从事土地耕种，而土地则归极少数大地主所有。这些地主有的属于土生土长的寡头政权阶层，其余的则是殖民种植园园主。城市很小，都是作为市场中心存在，而不是工业中心。占据着城市的是少数商业特权人士，他们用厚厚的规定和章程来保护自己的利益。

突如其来的革命

1950年之后，第三世界爆发了一场经济革命。这场革命类似于1800年欧洲的社会和经济崩溃。新机器的应用减少了对农村劳动力的需要，新型药品和公共健康措施降低了婴幼儿的死亡率并延长了人的寿命。很快，成百上千的人沿着新建成的高速公路，来到被新的广播节目描绘得充满了诱惑

力的城市。

城市人口开始急速上升。仅仅在中国，自从 1979 年以来，已经有 1 亿多人从乡村迁移到城市。从 1950 年到 1988 年，大城市太子港[2]的人口从 14 万增加到了 155 万；到 1998 年为止，城市人口数字正在接近 200 万。这些人中差不多有三分之二居住在城市贫民窟里。早在 1973 年，在人口拥入城市的最高峰到来之前，专家们就已经对城市中新定居人口的高涨深感绝望。一位城市规划专家写道："城市似乎正在解体。不知为何，城市里到处都是不加控制的建筑；下水道无法排出雨水，每天都发生堵塞。人口集中的地区根本没有基础卫生设施……德萨利恩[3]大街的人行道完全被小商贩占据……这个城市已经变得无法居住。"[4]

几乎没人曾预料到这场人们生活和工作方式上的重大转变。时下，关于"发展"的流行理论试图把现代化引入农村，认为农民们根本不应该到城市里来寻找 20 世纪。但不管怎样，成百万上千万的人还是不断进入城市。这些新来乍到的移民面临着日益增长的敌意对抗，还撞上了无法渗透的法律之墙，阻止他们合法地开展社会和经济活动。他们很难得到住房，很难进入正规的商业领域或找到一份合法的工作。

对取得合法地位的阻碍

为了从城市新移民的角度了解生活的艰难状况，我和我的研究小组在大多数新移民定居的利马郊区开办了一家小型服装加工作坊。我们的目标是创立一家完全合法的新企业。研究小组的人员开始填写表格、排队、坐公共汽车到利马市中心，领取根据法律文书规定在秘鲁经营一家小企业所需的全

部证明文件。他们每天花六个小时从事这项工作，最终在289天之后把企业登记注册下来。尽管这家作坊只需一名工人就可以经营，办理法律注册登记却花费了1 231美元——是工人最低月薪的31倍。为了得到在国有土地上建造房屋的法律许可证，我们用了六年零十一个月的时间——需要在52间政府办公室里履行207道行政手续。另外，我们的研究还表明，私营公共汽车、小公共汽车和出租汽车的司机们为了得到官方对其营运线路的认可，要面对长达26个月的官僚作风。

我的研究小组还在其他国家里，在当地同事的帮助下，重复了相同的实验。种种阻碍不比在秘鲁小，甚至往往更令人畏缩。在菲律宾，如果某人在国有或私有的城市土地上的定居点内盖起一幢住宅，他必须和邻居们组成一个协会，证明他符合国家房屋财政计划的要求，才能把住宅合法地买下来。整个过程包括168道手续，要同53个公共和私有机构打交道——或者说要花13～25年的时间。这还要假定国家房屋财政计划有足够的资金。但是，如果这幢住宅恰巧位于还被认为是“农业地区”的土地上，他还要再越过额外的一些阻碍，把这块土地转为城市用地——这意味着申请时间增加两年，要在13个部门里再完成45道官僚程序。

在埃及，人们想在国有沙漠上得到一块土地并合法登记下来，至少必须辗转经历31个公共和私有机构里的77道官僚程序，这要用去5～14年的时间。在前农业用地上建造合法的住宅需要同官僚主义周旋6～14年或者更长的时间。正是基于这个原因，470万埃及人选择了非法建造住宅。如果某个定居者在房屋造好之后，想当一名守法公民，并买下房屋

的所有权,他就要冒房屋被拆除、缴付高额罚金、被判长达 10 年监禁的风险。

在海地,普通公民在政府土地上合法定居的方法之一是,首先向政府租借这块地 5 年,然后把土地买下来。我们的研究人员和海地的同事发现,为了得到此类政府租地,要完成 65 道官僚手续——平均需要 2 年多的时间;这还仅仅是为了得到租地 5 年的特权。购买土地需要应付另外 111 道关口——这还需 12 年的时间。在海地获得合法土地的全部时间是 19 年。然而,为了把财产合法化而花费的这些时间和艰苦的努力还不能保证这些财产一直保持合法地位。

事实上,在我们调查过的每一个国家里,我们都发现,保持合法地位和取得合法地位几乎同样艰难。不可避免会出现的结果是:移民们没有违反法律,法律却背叛了他们——他们于是选择放弃法律制度。1976 年,在委内瑞拉工作的人中有三分之二受雇于合法创建起来的企业;今天,这个比例不到一半。30 年前,巴西超过三分之二的新建房屋用于出租。今天,如果你看一下官方记录,你会看到仅有大约 3% 的新建房屋是出租房。这个市场"跑"到什么地方了呢? 跑到了城市中不受法律管辖的棚户地区。棚户区处于高度规范化的正规经济活动之外,根据市场的供需关系进行运作。棚户区没有租金限价,租金用美元支付,不付房租的房客会被立刻驱逐出去。

这些城市新移民一旦放弃法律制度,就变成了我所说的"不合法居民"。他们惟一的选择就是在官方法律之外生活、工作;他们制定出属于他们自己的、有约束力的非正规协议来保护和利用他们的资产。这些非正规协议来源于有选择地从

官方法律系统借鉴而来的法令、特殊的临时章程、从原籍带来的或在当地形成的惯例。他们被“社会契约”凝聚在一起;这一“社会契约”受到整个社区的支持,由居民们选举出来的权威人士或机构加以执行。这些不合法的社会契约已经创造出一个生气勃勃但资本不足的社会部门,也创造出了穷人世界的中心。

资本不足的社会部门

尽管移民们被迫变成了法律之外的难民,他们几乎并没有游手好闲地陷于失业状态。在整个第三世界国家和前共产主义国家里,资本不足的社会部门中充满了艰苦的工作和大量无与伦比的独创性。

街边小屋工业四处崛起,制造出各类物品——从服装、鞋类到卡蒂埃手表和威登皮包的仿制品。加工车间里能建造和改装机械、轿车乃至公共汽车。新的城市贫民已经创造出了完整的工业体系和居民区,但不得不偷偷地与电力公司和供水公司连接在一起才能运转。甚至还有无照补牙的牙医。这并非只是一个“穷帮穷”的故事。这些新兴企业家同时正在弥补正统经济中的空白。在许多发展中国家,未经官方认可的公共汽车、小公共汽车和出租汽车占公共交通的大多数。在第三世界的其他地方,住在棚屋里和来自资本不足的社会部门里的小商贩在街头的汽车里,或者在他们自建房屋的货摊上,提供了市场上的大部分食品。

1993年,墨西哥商会估计,仅在墨西哥城的联邦区就有15万个街头商贩摊位,在其他43个中心地区还有29.3万个。如果这项调查中所说的墨西哥城的街头商贩把他们的摊

位一个挨一个地排在人行道上，中间不留一丝空隙，其长度会超过 210 公里(130 英里)。成千上万名非正规社会部门的成员走出家门，在路边、在没有登记注册的商店、办公室和工厂里工作。1994 年，墨西哥国家统计署曾尝试统计全国范围内非正规"微型企业"的总数，结果为 265 万个。

这都是资本不足的社会部门中经济生活的真实事例。在前共产主义国家，你甚至可能会看到更为复杂的、未经登记在案的活动：从生产计算机硬件、软件，到制造销往国外的喷气式战斗机。

当然，俄罗斯和海地、菲律宾这样的第三世界国家的历史完全不同。然而，自从解体以来，前苏联一直在滑向在发展中国家里很普遍的非正规所有权模式。1995 年，《商业周刊》报道说：俄罗斯"1 000万农民中仅有 28 万人拥有他们自己的土地"。另一篇报道则描绘了一幅人们所熟悉的第三世界的景象："在前苏联，土地的私有权、使用权和转让权没有恰当地划分，显然得不到法律的保护；而用于保护土地所有权的市场经济机制尚处于发展初期，因为国家本身还在继续在不属于它的土地上限制使用权力。"[5] 根据电力消耗估计，1989—1994 年，在前苏联的加盟共和国，非官方生产活动已经从生产总量的 12%上升到了 37%。有些人认为这个比例还会更高。

对于生活在西方国家之外的人来说，所有这些都不是新闻。你只要打开窗户或者从机场搭出租汽车到酒店，就会看到：城市的周边挤满了房屋，成群结队的商贩在大街上兜售物品，从汽车修理厂大门后能匆匆地瞥一眼忙乱的车间，破破烂烂的公共汽车在污秽的街道上来来往往。不合法现象就像发达国家里的黑市、贫困和失业一样，经常被看做"次要"问题。

不合法的世界通常被认为是歹徒肆虐的地区，其中的种种罪恶，除了警察、玛格丽特·米德[6]（Margaret Mead）之类的人类学家和特里萨嬷嬷[7]之类的圣徒以外，谁都不感兴趣。

但事实上，在第三世界国家和前共产主义国家，合法与否才是次要问题；不遵守法律已经变成了社会准则。穷人们控制了庞大的房地产和国民生产。那些国际代理机构催促它们的顾问到城市的体面街区中，到流光溢彩的玻璃大厦里和当地的"私有部门"会晤。实际上，它们只是在和一小部分企业家进行交流。第三世界国家和前共产主义国家中的真正经济权威是回收垃圾的小贩、电器制造商和大厦下面的街道上的非法建筑公司。第三世界国家和前共产主义国家政府惟一的现实选择是，要么着手把这些资源融进一个有秩序的、连贯一致的法律框架中，要么继续生活在无政府状态中，尽力和凌驾于官方法律之上的"法律"展开竞争。

僵化的资本有多少？

在过去10年里，我的研究小组在当地见识广博的专业人士的大力支持下，对5个第三世界国家的城市进行了调查——开罗、利马、马尼拉、墨西哥城和太子港，想估量一下被歧视性法律摒弃于资本经济之外的人们拥有多少财富。为了使我们的调查结果更加可信，我们把注意力放在最真实、最容易发现的资产上：房地产。

销售食品或鞋类、修理汽车或者制作假冒的卡蒂埃手表——这些活动难以量化，甚至更难以估量其价值。与之不同的是，建筑物不可能被隐藏起来。同样能起到帮助作用的是，你能够简单地通过调查建筑材料的成本和观察建筑物的

销售价格,来确定建筑物的价值。我们用了几千个工作日,一个街区一个街区地清点建筑物的数量。在得到授权的地方,我们公布了在每个国家里所得到的结果,让人们公开地研讨和评论。我们和当地人一起合作,对我们采用的方法和所得到的结果反复进行了检测。

我们发现,有多少道法律上的障碍,人们在资本不足的部门内就有多少种建造房屋的形式。大多数人立即会想到的例子就是那些建在国有土地上的棚屋。但是,我们的研究人员发现,他们还会用更富有创造力的方法来回避房地产法令。例如在秘鲁,人们组成农业合作社,从土地的前任所有者手中买下土地,然后把它转化成居民区和工业区。因为没有简便的法律方法来改变土地所有权,国有农业合作社里的农民会非法地把土地分成小块,由私人拥有。结果,几乎无人对土地拥有有效的所有权。在太子港,甚至在非常昂贵的财产易手时,也不会有人去费力地通知登记处——如果这样做,结果肯定是把事情无望地积压在那里。在马尼拉,在仅仅划作工业用地的土地上,住宅楼拔地而起。在开罗,早先四层公共住房的居民在楼顶上非法地加盖三层公寓,然后把公寓卖给亲友和刚从农村迁来的移民。还是在开罗,公寓的租金在20世纪50年代初期就已冻结在现在每年不到1美元的价格上;公寓的合法承租人把房屋分割成小型公寓,然后以市场价格出租。

有些住宅从出现的第一天起就不受法律支配,是违反各种法规建造起来的。其他的建筑物——例如太子港的房屋、开罗的租金限价公寓——都起源于法律制度,然后随着保持其合法地位变得代价太高、太复杂而难以遵守,才退到了法律

制度之外。不管怎样，在我们调查过的城市里，几乎每一处住房都以某种方式脱离了合法的框架——脱离了本可以向他们提供创造资本所需的表述和制度的法律。也许某人手中还存有房契或某种记录，但这些资产真正的所有权地位已经从官方登记系统中流失，剩下的只是过时的记录和图纸。其结果就是，大多数人所拥有的资产从商业角度和财务角度上来讲都是无形的。

什么人拥有什么、在什么地方，什么人负责履行义务，什么人对损失和欺骗行为负责，什么样的体制可以用于执行对服务费用和货款的支付——没人真正了解这些情况。因此，这些国家中的大多数潜在资产没有得到确认或了解，资本数量少得可怜，经济交流受到限制，经济落后，发展缓慢。

这就是发展中国家和前共产主义国家里资本不足的社会部门的状况。其景象令人震惊，完全不同于对发展中世界的常规想像。但大多数人就生活在这个资本不足的地区里；资产的所有权难以查证，也不受法律所公认的一整套规定的管理；资产本身潜在的有价值的经济属性没有得到描述和组织；资产无法用于通过多重交易来换取剩余价值，因为有太多的误解、混淆、协议变更和错误的记忆；不稳定性和不确定性所造成的代价太高，无法利用资产来获得更高额的价值。资产全变成了僵化的资本。

这些僵化的资本价值几何?

每个发展中国家和前共产主义国家的街头都有堆积如山的僵化资本。根据我们的计算，在菲律宾，57%的城市居民和67%的乡村居民的住房都是僵化的资本。在秘鲁，53%的城

市居民和81%的农村人口都居住在不受法律控制的住宅内。

海地和埃及的统计数字更富有戏剧性。还是根据我们的调查,在海地,68%的城市居民和97%的农村居民的住宅没有明确的所有权证明。在埃及,变成僵化资本的房屋为92%的城市居民和83%的农村人口提供了栖身之处。

根据西方标准,多数这些住宅单个来看并不值多少钱。太子港的一间棚屋仅值500美元,马尼拉污染的航道旁的小屋仅值2 700美元,开罗城外小镇上的一幢相当大的房子只值5 000美元左右,利马周围山上的一处带车库和大型落地窗的高等平房也仅仅价值20 000美元。但正如我们所看到的那样,这类住宅数量很多,它们的总体价值明显超过了富人的全部财富。

在海地,城市和农村里所有权不明的房地产总值为52亿美元左右。从总体来看,这个数字比海地所有合法经营的公司的全部资产大4倍,比政府拥有的全部资产价值大9倍,比到1995年为止海地历史上所接受的外国直接投资总额大158倍。

海地是否是个例外情况呢?它毕竟曾是法属非洲殖民地的一部分,孤零零地位于美洲大陆上,由于杜瓦利埃[8](Duvalier)政权才推迟了其系统化的法律制度的创立。

有这个可能。那我们考虑一下秘鲁。秘鲁是一个融合了西班牙文化和印度文化的美洲国家,和海地相比,秘鲁具有完全不同的传统和种族结构。在秘鲁,城市和农村里没有正式所有权的房地产总值达740亿美元,比利马股票市场在1998年暴跌之前的总值大5倍,比有可能私有化的国有企业和设施的价值大11倍,是有历史记载以来外国在秘鲁所有直接投

资总额的 14 倍。

你可能会反驳说,秘鲁的正统经济也曾受到古代印加帝国传统的阻碍,或者受到了西班牙殖民者腐败的影响,还有同信奉毛泽东思想的激进分子森德罗·卢米诺索(Sendero Luminoso)之间的战争。

很好,那我们看一下菲律宾。菲律宾是美国在亚洲的前被保护国。其国内所有权不明的房地产价值1 330亿美元,是在菲律宾股票市场上市的 216 家国内公司资本总额的 4 倍,比全国商业银行存款总量大 7 倍,比国有企业的全部资本大 9 倍,是外国直接投资总额的 14 倍。

但菲律宾也可能是一个反常的例子,它的情况受到了基督教在这块前西班牙殖民地上的发展的影响。如果是这样,那我们看一下埃及的情况。根据我们和埃及同事所作的计算,埃及房地产上的僵化资本价值2 400亿美元左右,是开罗股票市场上所有股票总值的 30 倍,是外国直接投资总额(包括苏伊士运河和阿斯旺大坝)的 55 倍。

撇开这些国家遭遇的种种不利因素和缺乏明确的所有权制度不谈,在我们所调查过的每一个国家里,穷人所拥有的企业家智慧也已经创造出了巨大的财富——这些财富恰好也是目前用于发展的潜在资本的最大来源。这些资产不仅仅大于政府所拥有的资产、当地的股票市场价值和外国直接投资,而且比来自发达国家的所有援助和世界银行提供的贷款大许多倍。

当我们把从四个国家调查得来的数据推广到整个第三世界国家和前共产主义国家的时候,结果甚至会更加令人震惊。我们推算出,在第三世界国家和前共产主义国家,大约 85%

的城市土地不能用于创造资本。我们估计，其40%～53%的农村土地也是僵化的资本。把所有这些资产加在一起，其结果必然是一个粗略的数字。但我们相信，我们的估计已经尽可能地精确了，而且还相当保守。

根据我们的计算，在第三世界国家和前共产主义国家，穷人所掌握但并不合法拥有的房地产的总值至少有9.3万亿美元。

9.3万亿美元！这是一个值得推敲一会儿(和试图理解)的数字。9.3万亿美元大约是美国流通中货币量的2倍，几乎是世界上20个最发达国家的主要股票市场里的全部上市公司(包括纽约股市、东京股市、伦敦股市、法兰克福股市、多伦多股市、巴黎股市、米兰股市、纳斯达克市场和其他十多个股票市场)的总值，是自1989年之后的10年间，所有第三世界国家和前共产主义国家所接受的外国直接投资总额的20多倍，是世界银行在过去30年里贷款总额的46倍，也是自那时起所有发达国家对第三世界的发展援助总额的93倍。

风水宝地

西方人听到“国际化的贫穷”这个词的时候，很容易想到睡在加尔各答街头的贫穷的乞丐和在沙漠上嗷嗷待哺的非洲儿童的画面。这些画面当然是真实的。的确，正有几百万的地球同胞需要我们的帮助，也值得我们帮助。然而，关于第三世界最肮脏的一面的描述并不是其最准确的写照；事实上，这种描述完全不能接受，因为它把人们的注意力从那些小企业家历尽艰辛所取得的成就上转移开去。那些小企业家们已经战胜了每一个能想像得出的障碍，创造出他们所处的社会中

较大的财富。

第三世界国家和前共产主义国家里的人民——以及他们的困难和潜力——的最真实情况是，男男女女辛辛苦苦地进行储蓄，为自己和孩子建造住房，建立起没人以为他们能建立起的企业。我痛恨把这些企业家描绘成全球化贫穷问题的根源所在的说法。

他们不是问题的根源，而是问题的解决方法。

美国内战后，一位名叫拉塞尔·康韦尔(Russell Conwell)的演说家往返于美国各地，传播一则激发起百万美国民众的寓言。他讲述了一个印度商人的故事：有位预言家对这名商人说，只要他去寻宝，他肯定会富有得超出任何想像。这个商人走遍了世界各地，结果只是老迈、忧伤、一事无成地回到家乡。他重新走进被他遗弃的家门，想喝口水。但是，井已经被淤泥填满了。他疲惫不堪地拿出铁锹，挖了一口新井，立刻就发现了戈尔康达[9]——世界上最大的金钢石矿。

康韦尔的故事在100多年后的今天，对第三世界国家和前共产主义国家还是很有帮助：它们的领导人不需要花大量时间在各国的外交部长之间和国际金融组织的大门前周旋，以寻求财富。回到他们最贫穷的社区和棚户区的家里，就算那里没有风水宝地，只要能揭开如何把资产转化成活的资本的奥秘，那里也会有上万亿的美元准备投入使用。弄清这个奥秘就是下一章的主题了。

注释：

① 见皮萨尼(Donald J. Pasani)，《美国西部的水、土地和法律：1850—1920年公共政策的局限性》，第52页。

② 太子港：拉美国家海地的首都。——译者注

③ 德萨利恩(Dessalines)：1758—1806，海地皇帝，原为法属殖民地黑奴，1804年以总督名义宣布海地独立并称帝。海地首都太子港的主要大街遂以他的名字命名。——译者注

④ 建筑家、城市规划专家艾伯特·曼戈尼斯(Albert Mangonese)发表在《联合》杂志上的评论，1973年1月—3月，第119期，第11页。

⑤ 见小伦纳德·J·罗尔夫斯(Leonard J. Rolfes, Jr.)，《俄国土地私有权的斗争》，载《今日经济改革》杂志，1996年第1期。

⑥ 玛格丽特·米德：1901—1978，美国人类学家、探险家、作家和教师，到过南太平洋各地，后在美国自然历史博物馆工作，出版多部人类学著作，是使公众了解人类学知识的启蒙者。——译者注

⑦ 特里萨嬷嬷：1910—1997，著名世界慈善活动家，长期在第三世界国家从事慈善活动。——译者注

⑧ 杜瓦利埃：1907—1971，1957—1971年任海地总统，实行独裁统治。他死后，他的儿子继续推行独裁统治，1986年被推翻。——译者注

⑨ 戈尔康达：印度南部的一个古都，曾以出产金钢石而著称。——译者注

第三章 资本之谜

这一诡辩不断地将资本的可用性与我所指的资本主义混淆起来。

资本主义是指在部分人当中分配资本,而排斥他人。因此请高呼:资本万岁。我们会为你鼓掌,并会用更大的热忱去抨击资本的致命敌人——资本主义。

——路易·布朗,《工作组织》(1850年)

当你沿着中东、前苏联或者拉美的大多数街道行走,你会发现许多情况:房屋用作栖身之处,土地用来开垦、播种和收获,货物用于买卖。在发展中国家和前共产主义国家,资产大多主要用于这些物质方面的用途。然而在西方,同样的这些资产还可以产生与其物质存在相平行的一种存在方式,即资本。人们能够调动资产,通过获得其他团体的利益(例如用作抵押物),或者通过保证提供其他形式的信贷供应和公共设施服务,以获得更多的产出。

为什么发展中国家和前共产主义国家中的建筑物不能产

生同样的存在方式呢？的确，我们在上一章中讨论过的那笔巨大的资源积累——9.3万亿僵化的资本——为什么不能用于附加的生产性用途上，来产生超出它们的"自然"状态的价值呢？我的回答是：僵化的资本之所以存在，是因为我们已经忘记了（或者可能从未意识到）把物质资产转化成资本——例如用你的房子借钱为企业筹集资金——需要一个非常复杂的过程，就像爱因斯坦告诉我们的那个过程一样复杂：一块砖能够以原子爆炸的形式释放出巨大的能量。打个比方说，穷人已经在他们的房屋里积累了上万亿块砖，资本就是从这些砖里面发现潜在能量并释放出来所得到的结果。

不过，从一块砖中释放出能量和从用砖建成的建筑物中释放出资本还存在着一个至关重要的差别：人类（或者说，至少是一大批科学家）已经掌握了从物质中获取能量的方法，可我们似乎已经忘记了使我们从资产中获取资本的操作过程是如何进行的。结果，第三世界国家和前共产主义国家——全世界的80%——处于资本不足的状态之中；它们无法从它们的建筑物（或其他任何资产）中提取经济生命来产生资本。更糟的是，发达国家似乎也没有能力教导它们。事实上，为什么在西方国家能使资产产生出资本，而在世界其他地方却不能（或者产生出的资本非常少）——这已经变成了一个谜。

回顾历史（从斯密到马克思）

要揭开资本的神秘面纱，我们必须了解"资本"一词最初的潜在含义。最早在中世纪的拉丁文中，"资本"这个词似乎指的是牛或其他家畜。家畜一直是额外财富的重要来源。圈养家畜的成本十分低廉；家畜可以活动，能够从有危险的地方

转移开,并且容易计算数量。但最重要的是,家畜能够通过把价值较低的物质转化成一批价值较高的产品(包括牛奶、皮革、羊毛、肉和燃料),来调动其他行业,进而创造出剩余价值。家畜还可以繁殖。这样,“资本”这个词开始同时具有两个含义——表示资产(家畜)的物质存在和它们创造剩余价值的潜能。“资本”一词的两种用法从牲口棚到经济学创立者的书桌只有一步之遥,“资本”通常被定义为一个国家中能够引发剩余价值的生产、提高生产力的那部分资产。

18、19世纪时期的伟大古典经济学家们——例如亚当·斯密和卡尔·马克思——认为,资本是为市场经济提供动力的发动机。资本被看成是经济范畴中的主要部分。资本是什么,它是如何产生和积累起来的——此类问题让他们颇感兴趣。无论你是否同意这些古典经济学家的观点,或者你也可能认为他们文不对题(也许是因为斯密从未意识到工业革命正在进行之中,也许是因为马克思的劳动价值理论没有实际应用价值),但毋庸置疑的是,这些思想家们建立起了高耸入云的思想大厦,使我们现在能够在他们的基础之上,努力去发现资本的本质和产生资本的过程及非西方国家为什么没能创造出大量资本的原因。

对亚当·斯密来说,经济分工交换——即劳动分工和随后产品在市场上的交换——是提高生产力和积累“国家财富”的来源。使经济分工交换和产品交流变成现实的因素就是资本。亚当·斯密把资本定义成“为了生产用途而积累起来的资产储备”。企业家们能够用积累起来的财富支持他们的专业化企业,直到能够用产品来交换所需的其他物品。资本积累得越多,经济分工交换越可能实现,社会生产力也就越高。马

克思同意这种观点。对他而言,资本主义所创造出的财富就表现为大量的商品。

亚当·斯密认为,人类是渐渐地从一个以狩猎、游牧、农业为主的社会向商业社会发展,资本现象的产生就是这一倾向的必然结果。在商业社会中,人类能够通过互相依赖、经济分工交换和贸易,大幅度地提高生产力。资本将成为增加生产力、创造剩余价值的"魔力"。斯密写道,"在每一个国家,不仅仅行业的数量会随着控制行业数量的储备(也就是资本)的增加而增加,而且随着行业数量的增加,这些行业会产生出更多的工作机会。"①

斯密所强调的重点正是我们试图破解的资本神秘性的核心:要把积累起来的资产变成活跃的资本、并用于调动附加的生产,资产必须在某个特别的方面确定下来,并得到体现。"这一方面要延续一段时间,至少要延续到劳动结束之后。就好像在必要时把一定的劳动积累、储藏起来,用于其他场合。事实也就是如此。"②斯密告诫说,如果不把在资产生产中投入的劳动恰当地确定下来,劳动将不会留下一丁点儿价值。

斯密的真正含义也许会变成法律辩论的内容。但我从他的话中理解到的是,资本并非积累下来的资产,而是蕴藏在资产中、能够开展新的生产的潜能。当然,这种潜能是抽象的。在我们把潜能释放出来之前,我们必须把它加工确定成实实在在的形式——就像爱因斯坦所指的砖头里的潜在核能量一样。没有提取并确定砖头里的潜能这一转化过程,爆炸就不会发生;砖毕竟只是一块砖。正如我们将要看到的那样,资本的创造也需要一个转化过程。

资本首先是一个抽象的概念,必须赋予它一个确定的、切

实可见的形式才能够把它体现出来——其他的古典经济学家对这个看法也非常熟悉。19 世纪的瑞士经济学家西蒙·德·西斯蒙第(Simonde de Sismondi)写道:"资本的价值是永恒的,它只可能增长,而不可能消失……如果这个价值脱离了创造出这一价值的产品,无论它是由谁创造出来的,它始终都是创造者手中一件超自然的、不实在的事物,因为这一价值能够以不同的形式确定下来。"[③]伟大的法国经济学家让·巴蒂斯特·萨伊(Jean Baptiste Say)同样认为:"资本本身就是非实质性的事物,因为它和创造出资本的物质无关,而是和那一物质的价值有关,而价值是无形的。"[④]马克思也同意这个观点。他认为,桌子是用某种物质材料(例如木头)做成的,"但是桌子一旦作为商品出现,就变成一个可感觉而又超感觉的物了。它不仅用它的脚站在地上,而且在对其他一切商品的关系上用头倒立着,从它的木脑袋里生出比它自动跳舞还奇怪得多的狂想。"[⑤]

所有这些观点也许有助于解释资本的基本含义为什么会丢失,以及资本为什么会和货币混淆起来——货币只是资本的多种表现形式之一。要记住一个复杂的概念,用更为实在的表述总是比从实质上来记住它更加容易;思维集中在"货币"上比集中在"资本"上更加简单。不过,认为是货币最终把资本确定下来的想法是错误的。正如亚当·斯密所指出的那样,货币"是资本流通的大轮子",但它不是资本,因为价值"不可能包容在那些金属片上"[⑥]。换言之,货币推动了交易,使我们可以进行买卖,但货币本身不是附加生产的由来。斯密强调说:"任何国家里流通的金币和银币可以很恰当地被比作公路,在货币流通之时就把乡间的草和谷物带到了市场,但它

不能为自己创造出一丁点儿东西。”⑦

我相信，当你不再以为“资本”就是“储蓄起来和用于投资的货币”的时候，资本的主要神秘之处就已经揭开了。我猜想，“货币确定资本”这一错误理解是有可能出现的，因为在现代商业实践中，资本的价值是用货币来体现的。事实上，对包括有不同种类事物（例如机械、建筑物和土地）在内的大批资产的全部价值进行评估，不借助货币就难以得出有用的数据——毕竟这正是发明出货币的原因。稳定的货币是一种计量单位，能提供给我们一个衡量、交换事物价值的标准参照。但是，尽管货币有一定用途，它也无法用于确定某一特定资产中抽象的潜能，以便把这一资产转化成资本。有例为证，第三世界国家和前共产主义国家用货币造成经济膨胀，结果弄得声名狼藉——但却无法创造出大量的资本。

资产的潜能

那么，确定资产的潜能来使资产能够增值的过程是怎样的呢？又是什么事物从一间普通的房屋中分离并确定出价值，使我们能够把这种价值体现为资本呢？我们能够借助能量的类推开始寻找答案。考虑一下位于高山顶上的湖泊。我们能够联想到湖在自然界中的种种直接联系，发现它的许多主要用途，例如划船和捕鱼。但是，如果我们把湖想像成一台机器，通过研究表现其产生能量的机械抽象过程，我们就能突然发现湖水由于水位的提高而具有了潜在的能量。然后，我们就能提取并确定这一潜能，使湖水超越它作为水的自然状态，释放出无限多种类的价值。掌握了这一具有代表性的信息，我们就能开始设计机器，使湖水在重力作用下快速向下流

动;因此,湖水的潜能在大量的水向山下奔流时被转换成动能。这个新的瀑布现在就能带动涡轮旋转,使涡轮带动电磁石,把动能转换成机械能和电能;电能可以进一步通过电缆被传送和分配到更远的地方,完成许多种工作。

这就是看似平静的湖水如何用于照亮你的房间、为工厂的机械提供动力的基本情况。它需要一个人为的外部过程,首先让我们确认用于提供动力的水的重量的潜能,然后把潜能转化成动能和机械能,直到我们最终能把它固定成电能,使其能够用来创造剩余价值。这意味着我们从湖水中取得的附加值并不是湖水本身的价值(就像宝矿必须从地球内部挖掘出来一样),而是针对湖水的人为外在过程。正是这个过程使我们把湖从一个捕鱼、划船的地方变成一个产生能量的场所。

我希望能用能量类推的方法来证明资本也是一种静止的价值,它能够通过某一过程得到确认和具有活力。这个过程不仅仅能使我们"看到"资产的外观,而且还能使我们积极地"发现"资产会变成什么样子;这个过程还能使我们把在资产中发现的经济潜能确定为能够用于获取剩余价值的形式。

不管怎么说,产生可用的能量和产生可用的资本的差别在于,我们非常了解把水中的潜能转化成能产生附加值的电能的过程,却不知道如何使资产具备所需的形式来调动更多的生产。换言之,我们知道,是水渠、涡轮、发电机、变压器和水能系统中的电线把湖水中的潜能转化成一种容易取得的能量形式,但我们不知道到哪里寻找把房屋的经济潜能转化成资本的关键过程。

原因在于,使我们利用房屋释放其经济潜能的过程不是有意设计出来、用于创造资本的,而是用于保护所有权这一更

为普通的用途。所出现的后果是，随着西方国家所有权制度的发展，人们在不知不觉中创造出各种机制，不断地渐渐组合出前所未有的创造资本的过程。尽管我们一直在使用这些机制，但我们没有认识到它们具备产生资本的功能，因为它们没有贴标签。我们仅仅把这些机制看做财产保护系统的一部分，而没有把它们看成一个内部互相关联的机制，使人们可以确定资产中的潜能，把资产转换成资本。我要说的是，资本的创造是隐藏在西方国家错综复杂的正规所有权制度内的一个潜在过程。

西方国家里的隐蔽转换过程

这也许听起来太简单或者太复杂。但问问你自己：用于生产的资产有没有可能不属于某件事物或者某个人？如果答案是肯定的，那么，除了在正规的所有权制度中，我们还能在其他什么地方来确认这些资产的存在，以及确认转化资产并提高其生产力的过程的存在？如果不是在正规的所有权制度所提供的记录和财产凭证中，我们还能在什么地方为资产的经济特征加上相应的注解？如果不是在正规的所有权制度的框架中，哪里有对资产的使用和转让进行管理的法律？恰恰是正规的所有权制度提供了使我们可以把资产体现为活跃的资本所需的过程、形式和法律。

西方国家的正规所有权制度着手把资产加工成资本所采用的方法是，仔细描述资产在经济和社会中最有利用价值的方面，使它们在记录系统中得到确认（就像手写账本中的插页或者计算机磁盘上的标签），然后极富成效地对其进行组织，并收录在所有权凭证中。西方国家还用一套详细而精确的法

律条文来管理这个过程。正式的所有权记录和所有权凭证就此变成了用于表述资产中共有的经济意义的人工产物。它们把资产中的潜在价值概念化所需的相关信息加以掌握和组织,使西方人可以控制他们的资产。人们在所有权范围内确认和开发资产,使它们和其他资产相联系。正规的所有权制度就是资本的诞生地。

如果资产的经济和社会性质没有在正规的所有权制度中得到确认,资产就很难在市场中运动。如果不通过正规的所有权处理过程,你如何能在现代市场经济中控制大量资产的转手?没有这一过程,任何资产的交易——比如说一块房地产——都需要花费大量的精力来决定最基本的交易细节问题:卖方拥有这块房地产吗?他有权进行转让吗?他能作出保证吗?新的财产所有人会被那些执行财产所有权的人接受吗?有没有什么有效的方法来排斥其他声称对这一房地产拥有权利的人?在发展中国家和前共产主义国家,很难找到这类问题的答案,而且,就大多数货物而言,对这些问题的回答实际上都不可靠。正是出于这个原因,在发展中国家和前共产主义国家里,房屋的销售和租借才会牵扯到冗长烦琐的批准程序,牵扯到所有邻居——哪怕只是判断房屋所有人是否真的拥有这所房子,是不是还有其他人会对这所房子提出所有权要求。这也是为什么在西方国家之外,大多数资产的流通范围会局限在紧密的地方性贸易伙伴圈子之内的原因。

正如我们在上一章里看到的那样,发展中国家和前共产主义国家的首要问题不在于缺少企业家精神:穷人已经在最近的40年里积累了上万亿美元的房地产。穷人们缺少的是通向所有权机制的便捷途径——这一机制可以合法地处理和

确认他们资产中的潜能，使他们能够在扩大化市场中创造、获得或担保更大的价值。相比之下，在西方国家里，每一件资产——每一块土地，每一幢房屋，所有的家畜——都在根据所有权制度中所包含的规定进行管理的最新记录中得到了正式确认。生产中的每一点增加、每一幢新建筑物、每一件产品或者每一件具有商业价值的事物都是某人的正式财产。即使资产归公司所有，还是由人间接地拥有，或者由拿着所有权凭证的公司股东来分享。

如同能量一样，资本是推动具体事物必不可少的力量，也促使人们去创造剩余价值。如果缺少产生并确认资本的关键机制，就无法创造出资本。就像湖水需要水电站才能产生可利用的能量一样，资产需要进入正规的所有权制度，才能产生出大量的剩余价值。没有正规的所有权制度来提取它们的经济潜能，并把它们转化成便于运送和控制的形式，发展中国家和前共产主义国家的资产就像高高地位于安第斯山上的湖水一样，是一堆没有开发出来的潜能。

资本的起源为什么这样神秘莫测？世界上的富裕国家能够很快捷地提出经济上的建议，但为什么没有解释清楚正规的所有权制度对资本形成的重要性呢？答案是，在正规所有权制度内部，把资产分解成资本的过程非常难以阐述，因为它隐藏在管理这一所有权制度的成千上万条法律、条例、规章和机制之中。任何陷进这个法律泥沼中的人都要被迫研究这个过程究竟怎样在发挥作用。尽管它事实上非常庞大，了解它的惟一办法就是从制度以外着眼——从不合法的社会部门里进行观察——我和我的同事们的大多数研究工作就是从那里开始的。

事实上，长时间以来，我一直在从不合法的角度审视法律，以便更好地理解法律的运转情况及其所产生的结果。这看似疯狂，但其实不然。正如法国哲学家米歇尔·富高勒(Michel Foucault)所说，也许从事物的反面进行观察，更容易发现事物的本质。他写道："为了发现我们的社会在清醒时是什么样子，我们也许应该调查在不理智的地方发生的事，也就是说，要在非法的领域内体会法律。"[8]而且，所有权像能量一样，只是一个概念，无法直接体验。人们从未看到过或接触过纯粹的能量，也没人能看到所有权。人们只能通过能量和资本所产生的效应来体验能量和资本。因此，我在不合法的社会部门里试图做的就是观察。我看到，西方国家的正规所有权制度产生了六种效应，使它们的公民能够创造出资本。我之所以能看到这一点，是因为我身处发展中国家和前共产主义国家之中。在这些国家里，我能够轻易地证实，发展中国家和前共产主义国家的国民无法运用资本，这应该归因于大多数人同这些基本效应处于分离状态。

正如我们将要看到的那样，所有这些效应是完善的正规所有权制度的产物，它们构成了帮助西方人确认经济潜能并把经济潜能转化为资本的隐藏过程。我将逐一对它们进行解释。

所有权效应之一：确定资产中的经济潜能

正如高山顶上的湖泊所含有的势能可以被确认、然后被转化成动能一样，一幢房屋的潜在价值也能够被释放出来并转换成活跃的资本。在这两种情况下，从一种状态向另一种状态的转化都需要一个过程，借此把物理对象转入人造的表

述空间;在这个空间里,我们能够把资源的潜能从其繁重的物质束缚中解放出来,并把资源提升到一个概念性的空间,使我们能够专注于它的潜能。

资本通过书面表述而产生;这些书面表述包括所有权凭证、证券、合同及其他类似记录。它们所表述的是这幢房屋在经济和社会角度有价值的品质,而不是该房屋在外观上更引人注目的物理特性。房屋的潜在价值正是在这些书面表述上第一次得到了描述和记录。当你关注房屋的产权而不是关注房屋本身的时候,你已经自动地从物质世界踏进了资本所生存的概念性空间。你现在所看到的表述已经滤除了房屋的物理特性中所有让人眼花缭乱的光晕和阴影,以及周边环境中震耳欲聋的噪声,使你把注意力放在房屋的经济潜能上。正规的所有权制度迫使你把房屋想像成一个经济和社会性概念,不是仅仅把它当成栖身之处——也就是一件僵化的资产——而是把它看成活的资本。

房屋易手时,房屋本身并没有发生什么可见的物理变化——这就证明,所有权纯粹是概念性的东西。房屋的外观不会告诉你谁是它的真正主人。房子昨天是我的,今天变成了你的,但外观没变。不论我是拥有它、出租它,还是把它卖给你,房子看起来都一样。所有权并不是房屋本身,而是房屋在法律表述上(例如所有权凭证或其他记录)所包含的一个经济概念。这就是说,正规的所有权表述同它所代表的资产是分离的。

但是,到底是什么原因能使正规的所有权表述完成增值过程?难道它们不只是资产的简单替代物吗?不,我再重复一遍:正规的所有权表述并非像照片那样,变成房屋的复制

品，而是我们对房屋的隐性性质的概念性表述；这些隐性性质具备产生价值的潜能。换言之，反应在所有权工具（例如所有权凭证和其他记录系统）内的房屋性质并不是房屋本身的性质，而是我们人类赋予在该房屋上的、具有经济和社会意义的性质（例如我们能够通过扣押、抵押、使用权以及其他契约方式赋予房屋各种用途）。

在发达国家，正规的所有权表述通过提供信息、参考、规章和执行机制，成为获取其他团体的利益、建立责任制度的出发点。例如，在西方国家，大多数正规财产能够方便地用作贷款的抵押物，用作进入市场的保证，用作收取债务、利息和纳税的地址，用作在商业、司法和民事行为上对个人进行识别的地点，或者用作为接受公共设施服务（例如能源、水、污水处理、电话和电视）而履行义务的终端。在发达国家，房屋用作栖身之处或者工作场所，而对它们的表述（合法的所有权凭证和其他记录）则产生了一个与其物质存在相平行的存在实体，用来执行各种附加的功能，例如变成商品，或者为获取其他团体的利益提供信息、参考、保护或保障。

就这样，合法的所有权制度把创造剩余价值（超越资产本身的事物）的工具交给了西方国家，使西方国家优于世界上其他地方。所有权表述使西方国家不仅仅能够通过物理上的了解，而且还可以通过对资产潜在的经济和社会性质的描述来思考资产。不管人们是否愿意，合法的所有权制度已经变成一个阶梯，把这些国家从资产真正所处的、不加修饰的自然空间，带入资本的概念性空间中——在这一概念性空间里，人们能够全面地从创造性潜能的角度来看待资产。

有了合法的所有权制度，西方发达国家就掌握了通向现

代化发展的钥匙;它们的国民现在就能在不断发展的基础上，极其容易地发现隐藏在其资产中的最具有创造力的品质。正如亚里士多德在2 300年前所发现的那样，当你把思想集中在事物的潜能上的时候，你处理事情的能力就可以无限增长。西方人借助于能够简单方便地通过所有权记录确定资产中的经济潜能的能力，开发出了一条快捷的途径，来探索他们的财产中最具有创造力的一面。因此，当广泛的正规所有权制度成为西方法律制度中的固定组成部分之后，大多数西方人就掌握了攀上概念性空间的阶梯，能够从中发现资产的经济含义并创造出资本。

所有权效应之二:把分散的信息综合融入一个制度

正如我们在前一章中所看到的那样，无论发展中国家和前共产主义国家的大多数人多么努力，他们都无法进入合法的所有权制度。由于有许多不可逾越的障碍，人们不再名正言顺地去掌握这些资产。资本主义在西方取得成功而在世界其他各地却难以为继，就是因为西方国家的大多数资产已经被综合融入一套正规的表述制度。

综合现象的出现并非偶然。几十年来，政治家、立法者和法官们努力把管理分布在城市、乡村、住宅区和农场的所有权的共同规章和事实结合起来，融入一套制度。这一过程大多发生在 19 世纪，成为发达国家历史上具有革命性的时刻。为什么? 因为它把管理国民积累的财富的所有信息和规则全部放进了一个知识库。

在此之前，关于资产和对这些资产享有既得权利的人的信息往往在“外面”的什么地方。每座农场或定居点都有关于

资产的信息，以及用于管理资产的基本框架、符号或者口头宣言。但这些信息零零星星，非常分散，任何经纪人在任何时候都无法全部掌握。我们现在已经非常明白，大量的事实不一定就是大量的知识。当时，发达国家必须把所有分散孤立的相关经济数据融入一套综合性制度，才能使知识得以存在并进而发挥作用。

今天的发展中国家和前共产主义国家的情况并非如此。在我工作和研究过的所有国家里，我发现它们的法律制度不是只有一套，而是有很多，事实上有几十套甚至几百套，分别由各种各样的、合法或不合法的机构进行管理；这些机构的规模从企业家小团体到住房集团组织不等。因此，这些国家的国民对财产的运用也就受到了所有权的拥有者及其亲友的想像力的限制；而在西方国家，关于所有权的信息全都实行标准化管理并且随处可得，资产的拥有者对资产的运用能从更多人的综合思想中受益。

"发展中国家和前共产主义国家还要把非正规的所有权协议融入一套正规的法律制度"——这也许会让西方读者大吃一惊。对西方人来说，法律应该只有一个，即官方的法律。然而，历史表明，西方人对综合的所有权制度的依赖也是近代才出现的现象——距今不超过 200 年。事实上，大多数西方国家的综合所有权制度大约 100 年前才出现；日本的综合制度则出现在 50 多年前。我们以后会更详细地看到，"一个国家里曾有多种非正规的所有权协议"这一情况曾在世界各地占主导地位。在从前的欧洲大陆上，多种法律并存的现象屡见不鲜；直到罗马法律被重新发现，各国政府才把法律的各种流派融入一套相互协调的体制。

在19世纪中期的加利福尼亚,就在淘金热之后,大约出现了800多个不同的所有权管辖范围,各有各的记录系统,各有各的管理规定,都是根据当地大多数人的共识建立起来的。从加利福尼亚到佛罗里达,遍布整个美国的各种所有权协会通过各自的章程,选举出自己的官员。仅仅在100多年前,当时间跨入19世纪末期的时候,美国政府才通过专门的法规,把美国的资产综合起来,加以规范化,使资产能够方便地转化成资本。事实上,美国国会颁布了35个以上优先权法案和采矿法令,才渐渐地把由几百万移民和不合法居民制订的各种非正规的所有权规定综合融入同一套制度。其结果就是建立起综合的所有权市场,为美国自那时起就出现的爆发性经济增长提供了动力。

西方国家建立起广泛的所有权制度的历史很难让人明白,其原因在于,这个过程持续了相当长的一段时间。例如在德国,正规所有权的注册登记起始于12世纪,但直到1896年当施泰因(Stein)和哈登贝格(Hardenberg)的改革达到高峰、用于记录土地交易的系统在全国范围内开始运作时,才完成全部综合过程。在日本,把农民的所有权规范化,使之融入一套综合制度的全国性运动起始于19世纪末期,但直到20世纪40年代末期才结束。瑞士是在20世纪初期做出极大的努力,把保护所有权和所有权交易的各种制度结合在一起;这一情况甚至连许多瑞士人都不得而知。

由于综合所有权制度的出现,发达国家的国民不必接近资产,就能得到关于所有资产的经济和社会性质的描述。人们不再需要走遍全国去查看每一件资产,访问每一位资产拥有者和他们的邻居;正规的所有权制度为他们提供了丰富的

信息，告诉他们什么资产可以利用，有哪些创造剩余价值的机会。这就造成一个对人们大有助益的结果：资产的潜能变得容易评估和交流，资本的产出也得到了提高。

所有权效应之三：建立责任制度

在西方国家，把全部所有权制度综合融入同一套正规的所有权法案，就能使资产拥有者的合法权利从地方性团体的政治范围内，延伸到非个人化的法律范围之内。资产的拥有者从具有限制性的地方规定中解脱，进入一个更为全面的法律制度，便于他们在全国范围内负起责任。

发达国家的正规所有权制度把享有资产所有权权益的人转变成能够担负责任的个体。它从一大群人中创造出多个个体，使社会"分化"。人们不再需要依赖邻里关系或地方性协定来保护他们对资产的权利。现在，他们甩开了简单原始的经济活动和烦琐、狭隘的地区限制，能够自己控制资产，探索如何从资产中创造出剩余价值了。但他们要付出代价：一旦进入正规的所有权制度，资产的拥有者就无法隐姓埋名。在西方国家，房地产和企业能够方便地得到确认和定位，人们不可避免地和它们联系在一起，因此基本上不大可能在人海中消失，个人的责任随之得到了增强。如果人们不为根据契约所得到的货物和服务付款，就会被找到，并处以罚息和罚款、拘禁、降低信用等级。政府当局有能力掌握违法现象和不兑现的合同，能够暂停对其进行服务，行使对财产的留置权，取消人们根据合法所有权制度所得到的部分或全部特权。

所以说，西方国家的公民并非天生就尊重所有权和交易，这种尊重是可执行的正规所有权制度出现之后的结果。事实

上，正规的所有权制度的作用不仅仅在于保护所有权，而且还保护了交易的安全，鼓励国民去尊重所有权凭证、兑现合同和遵守法律。任何公民若没有履行义务或者违反了法律，他的行为就会被记录在这个制度内，他的名誉将受到重大影响；对于他的邻居、公共服务设施、银行、电话公司、保险公司和所有权制度所维系的的网络来讲，他不再是可靠的个体。

所以说，西方国家的正规所有权制度提供了多重保障，为成百万上千万的公民提供了进行资本主义游戏的筹码。正是由于人们可能会输，才使这场赌博变得饶有趣味。合法所有权制度的大部分潜在价值就来自于可能会出现的欺骗行为。因此，它的大部分力量来自于它所创造出来的责任、它所施加的限制、它所产生的规章以及它所能采取的最终制裁。正规的所有权制度让人们看到了资产中的经济和社会潜力，改变了发达社会中人们对资产的理解，即利用资产不仅仅可能会有报酬，而且还会有危险。合法的所有权制度带来了义务。

因此，发展中国家和前共产主义国家的国民无法和陌生人签订可产生利润的合同，无法得到信用或者保险以及公共设施服务的主要原因就在于缺乏正规的所有权制度：他们没有什么所有权可供失去，因此只会被他们的直系亲属和邻居当作交易伙伴。人们没有可供失去或转让的所有权，就会在资本主义发展的早期阶段陷入停滞。

同时，发达国家的公民基本上能够通过合同来得到任何合理的事物，其代价就是要履行义务。当义务得到所有权的保证时，就更加容易被人们理解——不管这种保证是抵押、财产留置，或者是对交易对象采取其他形式的保护。

所有权效应之四:使资产能够互换

在西方国家,正规所有权制度的最重要任务之一就是,使资产更加容易取得,从而使其能够用于创造剩余价值。资产的表述同处于自然状态下的资产不一样,它能方便地组合、分割、调动和用于促进商业交易。对资产的表述使资产本身的自然状态和资产的经济特征区分开来,使资产更加容易互换,能够在实际操作中以符合任何交易的形式出现。每件资产都好像是一块冰,所有权制度使你可以把冰溶解成水,或把它加热成水蒸气,使其能够带动涡轮发动机的叶片旋转或者为轮船提供动力,但它作为 H_2O 的本质并没有改变。

综合的正规所有权制度用标准的分类方法描述所有资产,使你可以对两幢在建筑设计上完全不同、但用途一样的建筑物进行比较。只有当你接触到描述的细节时,你才能看到两者之间的差异,这就使你可以快速地、以低廉的成本区分资产的异同点。而如果每一件资产都和其他资产互不相同,那么商务人员在处理资产时就要付出昂贵的代价。

在西方国家,所有权的标准化描述也是为了方便资产的组合。正规所有权制度的法律不仅仅大致描绘出该资产的独特性,还会指出它与其他资产的相同之处——这就使资产的可能组合形式更加明显。当你翻阅标准化的所有权记录时,你就能(在分区限制、邻居的身份和职业、建筑物的面积、是否能够合并等情况的基础上)决定如何更有成效地利用某一房地产——是把它当作办公室、酒店客房,还是书店、壁球馆或者桑拿浴室。

对所有权的表述有利于不同资产的组合;同样,它还使你

不用动手就能分割资产。在现实世界中，某一资产也许是一个不可分割的整体，但在概念化空间里，它的正规所有权表述能够被分割成任意数量的部分。因此，在发达国家，人们能够把大多数资产分割成股份，每一份都可以由不同的人拥有，享有不同的权利，发挥不同的作用。由于正规所有权制度的出现，任何一家工厂——这家工厂也许在自然状态上是不可分的，或者一旦分开之后，它就失去了作为一个生产性整体所拥有的大部分价值——都能够被无数的投资者所拥有；这些投资者可以放弃他们自己的所有权，但不会影响资产的物理统一性。

同样，在发达国家，如果儿子要继承农夫父亲的事业，他只要出钱从更有商业头脑的兄弟姐妹手中买回农场的股份，就能保住农场。而许多发展中国家的农民则没有这样的选择，他们必须不断地把农场再分成小块交给下一代，只到地小得无法再继续耕种来产生利润——这时，他们只有两种选择：饿死或者去盗窃。

正规的所有权表述还能用作自然资产的活动替代物，它能发挥非常重要的作用，使资产的所有者和企业家能够模拟假定情况，探索使资产更有利可图的用途——就像军官们围着地图移动部队和武器的符号，制定战略一样。想一想，你就会明白，正是所有权的表述才使企业家们能够模拟商业策略来发展企业和创造资本。

此外，所有标准化的正规所有权文件都是为了促进以低廉的成本来衡量资产的性质。如果不能方便地取得资产的标准化描述，任何想购买、租赁或者提供信贷的人都要支付大量的成本，用于比较和评估不同资产的性质。西方的正规所有

权制度通过提供标准化描述，大大减少了调动和使用资产的手续费用，因此有利于把资产转化成活的资本。

资产一旦进入正规的所有权制度，就会给资产的拥有者带来大量好处。资产能够以多种方式进行分割和组合，比《终结者》续集里施瓦辛格（Schwartzeneger）⑨的对手所使用的方法还要多。所有权制度还使西方人能够调整资产以适应任何经济环境，使他们能不断地创造出较高价值的产品组合，把来自第三世界国家和前共产主义国家的竞争对手甩在身后，使其身陷于呆板笨拙、不灵活的自然世界里。

所有权效应之五：建立人际关系网络

合法的所有权制度是西方世界第一个真正意义上的互联网——它是一个有生命的实体，能够随着每一次交易成长，从不断发展的表述中识别出新的经济潜能和额外的作用。

正规的所有权制度使资产可以互换，为资产的所有人和资产、资产和地址、所有权地位和执行机制建立起联系，使人们可以方便地得到有关资产和资产所有人的全部资料和历史记录。它已经把西方国家的全体国民转化成一个由可以单独识别和履行责任的商业代理人组成的网络。正规的所有权制度的处理过程创造出一整套联系机制，就像火车站的调车场一样，使资产（火车）在人与人（车站）之间安全地运行。正规所有权制度对人类的贡献并非在于它保护了所有权；发展中国家和前共产主义国家里的不合法居民、住房组织、黑手党，甚至连原始部落都能非常有效地保护他们的资产。所有权制度的真正突破在于它从根本上提高了资产和资产潜能的交流，同时还巩固了资产所有者的地位，使资产的所有者能够在

更广泛的人际网络内转化资产，以经济代理人的身份发挥新的作用。

这就说明了合法的所有权制度是如何鼓励水电供应部门在生产和输送环节上投资的。正规的所有权制度合法地把建筑物(服务对象)和它们的所有人(接受水电供应服务并付款的人)联系在一起，减少了窃水窃电的风险。它还减少了从难以找到的人身上收取费用的巨额财务损失，以及由于无法衡量某些没有记录在案的秘密企业和居民地区的用电需要所造成的技术上的损失。不知道什么人拥有什么权利，没有综合的法律制度把强制执行义务的能力从不合法组织转移到政府身上，公共设施机构就难以借助提供服务获利。如果以其他条件作为基础，它们就无法确认订户，签订用户服务合同，建立服务联系，保证服务供应，也就无法执行记账系统、读表、收款、损失控制、欺诈控制、欠款追缴、停止水电供应等强制程序。

建筑物始终是公共设施服务的终点，而只有合法的所有权制度才能把建筑物转化成记账和承担责任的终点。任何人如果怀疑这一点，只要看一眼西方国家之外的公共服务设施情况就会明白。在那些国家，技术和财务上的损失、再加上窃水窃电所造成的损失，占所有可用设施的30%～50%。

西方的合法所有权制度还通过向企业提供关于资产和资产所有人的资料、查验地址、所有权价值的客观记录，使企业通常可以衡量风险，产生信用记录。而且，这些资料和综合法律制度的存在可以通过保险公司之类的机构，或者利用所有权来担保债务，使风险更加便于管理。

似乎很少有人注意到，发达国家的合法所有权制度实际

上是一个错综复杂的人际网络的中心。这一网络使普通人拥有了与政府及私营部门建立起创造性联系的工具,使他们能够获得额外的商品和服务。没有正规所有权制度这一辅助手段,人们就很难明白资产如何应用在西方国家的每一件事上。如果不靠正规的所有权制度,金融部门如何大量地确认可信任的潜在借款人?客观物体(例如位于俄勒冈的木材)如何为工业投资(比如在芝加哥的项目)提供担保?保险公司如何才能找到愿意付款的客户并签订合同?如何有效率地、成本低廉地提供信息中介、监督和校验服务?税收工作又如何进行?

正是所有权制度从建筑物中提取出抽象的潜能,使其在所有权表述中得到确认,才让我们不仅仅被动地把建筑物作为栖身之处。发展中国家和前共产主义国家的许多契约制度无法产生资本,就是因为人们无法领会到所有权能超越所有权地位而存在。他们仅仅把所有权看做代表资产的文书和地图的总和,而没有完善建立人际网络所需的额外机制——而只有在这个网络里,才能从资产中延伸出平行的存在实体,也就是资本。正规的所有权制度不单单是一个保存资产记录的系统。我们不能把它和900年前的英国最终税册[11]或者和大型国际机场的行李检查混为一谈。只要对其进行恰当的理解和规划,所有权制度还会为人们提供一个网络,使人们能够通过这个网络分割资产,使资产产生出更有价值的组合。

所有权效应之六:保护交易

西方国家的正规所有权制度像网络一样发挥作用,其中一个重要原因在于,无论时间和空间如何变换,全部的所有权记录(描述资产的重要经济特征的所有权文件、契约、有价证

券和合同)始终都能找到并一直受到保护。它们最先出现在发达国家对资产表述进行管理的部门的公共记录之中。公共记录管理部门所管理的文件中包括对资产的所有经济用途的描述,而不论这资产是土地、大楼、牲畜、轮船、工业、矿山,还是飞机。这些文件会提醒急于使用资产的人关于限制或加强资本实现的情况,例如应尽义务、地役权、租借、欠款、破产和抵押等。这些文件还保证了资产以合适的形式得到恰当、准确的表述,能够随时更新,便于查找。

除了公共记录系统之外,西方国家还有许多的私营部门帮助人们确认、移动和追踪资产的表述,使人们能够方便、安全地创造剩余价值。这些部门包括对交易、担保和停业进行记录的私营实体、摘录员、评估师、负责所有权文件和担保的保险公司、抵押经纪人、信托服务部门和私营文件保管部门。在美国,保险公司会基于某些特定的风险为有关方面发放保险单,进一步方便资产的调用。这些风险包括所有权不完整、抵押物无法执行、所有权文件无法进行交易等。根据法律要求,所有这些部门必须符合文件查找能力、自然保管设施和人员等方面的严格经营标准。

在西方国家,这些部门的主要特点是强调保护交易,而不仅仅是保护所有权。尽管它们努力在保证所有权的安全和交易的安全两方面达到平衡,但很显然,政府的制度往往趋向于鼓励后者,重点主要在于产生信用的安全性方面,为人们由资产延伸出作为资本形式存在的平行实体提供便利。

相比之下,在大多数发展中国家,法律和政府部门主要关心的是保护资产所有人的物主身份。他们局限在早期的殖民地法律和罗马法律的范围里,变成了死者遗嘱的保管员。这

也许就可以解释为什么在西方国家的所有权制度下，资本的创造非常简单，而在发展中国家和前共产主义国家，大多数资产表述却要在正规的法律制度之外寻找途径。

由于西方国家的所有权制度强调交易的安全性，它允许人们只用很少的交易步骤就可以移动大量的资产。除此之外，我们无法解释下面这种情况——在发展中国家和前共产主义国家，人们还在像几千年来一直做的那样，把猪带到市场，一头一头地卖；而在西方国家，卖方只需把他们对猪的权利表述带到市场。例如，芝加哥商品交易市场上的交易者可以通过表述进行交易，这些表述中包含的有关猪的资料比他们逐头查看每一头猪所得到的信息还要多。因此，他们可以进行大宗交易，而无需担心交易的安全性。

西方国家取得成功的关键在于，合法的所有权制度远远超越了对资产所有人物主身份的保护。这一制度强调保护交易，因此就帮助了人们去探索资产中的潜能，完成资本实现——而不像其他国家那样仅仅把资产文件累积起来。

资本与货币

由于以上六种综合所有权制度所产生的效应，西方人不再只是把房屋用来挡雨和避寒。赋予房屋表述上的存在之后，就能从房屋中引申出一个与房屋本身相平行的存在实体，完成房屋以前本来做不到的事情——经济方面的工作。从本质上讲，一个完善的合法所有权制度能完成两项任务：第一，通过以便于理解的形式对资产的经济特性进行表述，能大大地降低费用；第二，极为方便地促进人们就如何利用资产进行创造和完善劳动分工达成一致意见。西方国家的真正过人之

处在于,它们创造出一个系统,使人们能掌握看不见的价值,能处理触摸不到的事物。

事实上,几个世纪以前,有些人推测说,“资本”一词起源于拉丁语的“头脑”,因为我们是用头脑来掌握创造资本的工具。这表明,资本始终令人不可捉摸的原因在于它像能量一样,只能用头脑来发现和处理。实际上,只有当所有权制度把资本书面化并把它与某一特定的位置和资产所有人联系在一起的时候,你才能感受到资本的存在。

这意味着,所有权并非只是书面上的东西,而是掌握和储存推动市场经济运行所需的大多数因素的中间媒介。它通过建立责任制度,使资产可以互换,追踪交易,奠定了整个所有权制度的基础,为货币和银行系统及投资部门提供了开展工作所需的全部运行机制。换句话说就是,资本和现代货币之间的联系也是通过所有权制度来运行的。

今天,正是所有权身份、交易及其价值的记录为货币发行部门提供了发行额外的法定货币所需的关键证据,因为资产只能用预付的货币来购买。关于这一点,著名的经济学家冈纳·海因索恩(Gunnar Heinsohn)和奥托·斯泰格尔(Otto Steiger)指出,货币和财产所有权之间有着密切的联系。他们认为:“货币不是无中生有地从所有权的角度创造出来的,所有权必须先于货币存在。”[11]他们的中心意思是,“不建立所有权制度,就无法理解利息和货币”。[12]这一观点最近才引起我的关注。他们辩解说,人们有一种误解,认为是中央银行发行纸币来支持商业银行的支付能力,因此才使上述观点模糊不清。然而,在海因索恩和斯泰格尔看来,人们的肉眼没有看到“所有的发展都是银行业在有价证券(用我的话来说就是合法

的所有权文件)的基础上取得的"[13]。他们赞同诺贝尔奖得主哈罗德·德默塞茨的观点,即资本主义的所有权制度基础是天经地义的。他们还注意到,约瑟夫·舒姆彼得(Joseph Schumpeter)已经提示说,是财产所有权保证了货币的建立。这让人想起汤姆·贝瑟尔(Tom Bethell)在他的著作《最伟大的胜利》中所提到的重要观点,即"私有制的许多好处从未得到恰当的评价"[14]。

我在上文讨论过,资本和货币无关,它所关心的是人,关心的是人们如何在所有权的帮助下进行合作、研究用积累的资产创造剩余价值的办法。因此,我要说,西方国家200多年来资本的巨大增长是它们逐渐完善所有权制度的结果。所有权制度使发达国家的经纪人能够发现和实现资产中的潜能——于是,他们可以发行非通货膨胀的货币,用于调动剩余价值的生产。

因此,正规的所有权制度超越了资产所有人的物主身份本身,提供了一套工具,把"僵化"的资产积累转化成"活跃"的资本。当发达国家把所有已知资产的资料和管理规定集中在一起并建立起所有权制度来记录经济发展的时候,就意味着它们已经把支持资本创造的整个组织过程纳入了一个正常轨道。如果资本主义有灵魂,那么这个灵魂就是合法的所有权制度。但是,像大多数属于思维范畴的事物一样,我们今天称之为"资本主义"的大部分经济制度还处于人们的潜意识之中。

不管怎样,问题依然存在——为什么古典经济学家知道资本是抽象的东西,也明白资本必须得到确认,却没有为资本和所有权建立起联系呢? 一个可能的解释就是,在他们所处

的年代里，所有权制度相当原始，人们还难以衡量其重要性。但也许更重要的是，决定资本主义未来命运的斗争已经从理论家的书面研究转移到了一个由企业家、金融家、政治家和法学家组成的巨大网络之中，全世界的注意力也从资本本质的理论上转移到了实实在在的、日复一日、年复一年的实际交易上。

一旦资本主义这台庞大的机器安装就位、开始运转，它的创造者们就心满意足了，“资本是如何形成的”这个问题也就失去了紧迫性。人们忙于创造财富、增加财富，根本不想了解资本主义的全貌。就像生活在肥沃、富裕的三角洲的人们一样，资本主义的拥护者没有顺着漫长、蜿蜒的大河到上游去看一眼财富起源的迫切愿望。何必呢？他们已经是生活的强者。但是，随着冷战的结束，一切都发生了变化。现在，资本主义成为了发展的惟一真正选择，世界各国都想发展资本主义，于是向西方国家寻求建议。它们得到的答复是，最好的办法是仿制“三角洲地区”的生活条件：稳定的货币、开放的市场、私有企业，并以所谓的“宏观经济和结构调整改革”作为目标。但人们却忘记了一点，即西方国家的“三角洲地区”如此富裕的一个不可缺少的原因在于，西方国家已经掌握了把水资源转化为能量的水电站，它们具有广泛的、便利的合法所有权制度把资产转化成资本。

这就是宏观经济改革并不足以创造财富的主要原因之一。仅仅模仿“三角洲地区”的资本主义结果、引进麦当劳和好莱坞大片的经销权还远远不够，你还需要资本。这就需要用一个综合的、强有力的合法所有权制度、一个我们一直认为是天经地义的制度来“培育”资本市场。

对创造资本的阻碍:布罗代尔的"钟罩"

发展中国家和前共产主义国家的穷人大都处于社会边缘,这主要是因为他们无法受益于正规的所有权制度所产生的六种效应。这些国家今天所面临的真正挑战不在于它们是否应该发行或接受更多的货币,而在于它们是否能理解法律制度,是否能集合起必需的政治愿望,来建立一个便于穷人接受的所有权制度,使穷人也能把资产转化成资本。

西方国家的资本主义制度最初只服务于少数有特权的人。法国历史学家费尔南德·布罗代尔(Fernand Braudel)把这种情况看做一个纠缠不清的谜。我认为,人们在进入正规的所有权制度时受到限制就是这一情况的根源。在今天的发展中国家和前共产主义国家,情况也是如此:

> 关键问题是要查明,历史上的资本主义为什么好像生活在与世隔绝的"钟罩"里?它为什么无法扩张并占据整个社会?……(为什么)资本形成的巨大速度只可能出现在某些社会部门,而没有出现在当时的整个市场经济中?……把这种情况归因于缺少某些因素也许非常荒谬,当然也不会是缺少货币……因此,在那个年代里,穷人的土地被收购,宏伟的乡村住宅和高大的纪念碑拔地而起,文化上的铺张浪费得到了财政资助……我们如何解决压抑的经济环境和在洛伦佐(Lorenzo)大帝领导下的佛罗伦萨的伟大成就之间的矛盾呢?[15]

我将在第四章和第五章里表明，西方国家的历史同第三世界、前共产主义国家的现实情况看起来没有很大的不同。在大多数第三世界国家和前共产主义国家，本地和外国的投资者的确拥有资本；他们的资产或多或少也是综合在一起的，也可以互换，也形成了网络，也受到了正规所有权制度的保护。但这些人只占人口的一小部分，只有他们能请得起专业律师和帮他们辗转打通官僚主义关节的中间联系人。绝大多数人则不具备这个条件，无法让自己的劳动成果在正规的所有权制度中得到表述，因为他们已经被围困在布罗代尔的"钟罩"里——到处都是巨大的阻碍，要得到正规的所有权必须经历 15～20 年的漫长法律程序。我在第二章里曾描写过由我的研究小组所得到的这类情况。

"钟罩"的存在把资本主义变成了一个私人俱乐部，只对少数有特权的人开放，使几十亿站在外面想进来的人愤怒不已。资本主义的这种种族隔离现象不可避免地要继续下去，直到我们完全明白第三世界国家和前共产主义国家里不可否认的生活现实："钟罩"是这些国家的法律和政治制度中的一个关键性的不足，它阻碍了大多数人进入正规的所有权制度(我们将会在第六章中仔细研究)。

在冷战概念的范围以外，不带感情色彩地研究为什么大多数国家无法建立开放的正规所有权制度，恰逢其时。第三世界国家和前共产主义国家目前正在信心十足地进行完善资本主义制度的尝试，这正是打破"钟罩"的大好时机。

但首先，我们必须弄明白为什么那些国家的政府迟迟意识不到"钟罩"的存在。这将是我在下一章中要做的工作。

注释：

① 亚当·斯密，《国富论》第1卷，第242页（伦敦埃夫里曼图书馆，1977年）。

② 同上书，第295页。

③ 西蒙·德·西斯蒙第，《政治经济学新原理》，第81～82页（巴黎，1827年）。

④ 让·巴蒂斯特·萨伊，《政治经济学论文》，第2卷，第429页（巴黎迪特维伊，1819年）。

⑤《卡尔·马克思和弗里德里克·恩格斯全集》第35卷，第82页（纽约国际出版社，1996年）。本书译文根据通译本作了调整，见《马克思恩格斯全集》第23卷，第87～88页（人民出版社，1972）。——编辑注

⑥ 亚当·斯密，《国富论》第1卷，第242页。

⑦ 同上书，第286页。

⑧ 赫伯特·L·德雷夫斯（Herbert L. Dreyfus）和保罗·拉比诺（Paul Rabinow），《米歇尔·富高勒：超越结构主义和解释学》第211页（芝加哥：芝加哥大学哈弗斯特，1982年）。

⑨ 施瓦辛格是好莱坞著名男演员，他在科幻影片《终结者》续集中扮演一名来自未来的正义战士。他在剧中的对手是一个能随意改变身体形状的液态金属机器人。——译者注

⑩ 最终税册：指英国1085—1086年的钦定土地调查清册。——译者注

⑪ 冈纳·海因索恩和奥托·斯泰格尔，《利息和货币的财产原理》，1998年10月第二版手稿。

⑫ 同上书，第43页。

⑬ 同上书，第38页。

⑭ 汤姆·贝瑟尔，《最伟大的胜利》，第9页（纽约圣马丁出版社，1998年）。

⑮ 费尔南德·布罗代尔，《商业的发展》，第248页（纽约哈珀和罗伊出版社，1982年）。

第四章　政治上的盲点

听！听！狗在叫。

乞儿进城来，有人穿破衣，有人穿丝绸。

——英国童谣

人口模式和强制性法律正在崩溃——这是发展中国家在过去40年里和前共产主义国家在过去10年里的一个明白无误的趋向。自从邓小平在1979年开始经济改革以来，已经有1亿中国人离开他们的正式住所去从事其他工作。太子港变大了15倍，瓜亚基尔变大了11倍，开罗变大了4倍。在这个过程中，300万非法移民聚集在北京周围，在市郊建立起大批工厂[①]。在前苏联，地下经济的产量占俄罗斯和乌克兰国内生产总值的50%；这个比例在乔治亚更大，达到了62%。国际劳工组织的报告指出，自1990年以来，拉美和加勒比地区85%的新工作都出现在不合法的社会部门里；在赞比亚，只有10%的劳动力是合法雇佣的。

发展中国家和前共产主义国家在干什么？事实上，此类情况还有很多。这些国家正准备大干一场，解决各种不同的

问题。例如,1998年8月,孟加拉当局捣毁了首都达卡市内的5万座棚屋。在别的地方,各国政府为侵入公共和私人土地的几百万不合法居民修建起学校和人行道。同时,它们还支持小型金融计划,来援助那些把居住用地转为工业用地的血汗工厂,改善拥挤在街头的街边小贩的摊位,重新安置破坏城市广场和花圃的大批流浪者,制定严格的建筑和安全法案来防止建筑物倒塌(就像土耳其1998年震灾时的情况一样)。各国政府还努力迫使妨碍交通的私营小公共汽车和破烂的出租车满足最低的安全标准,严厉打击偷盗和窃水、窃电,努力执行专利权法和著作权法。它们逮捕和处决了很多强盗和毒贩(至少是那些最臭名昭著的家伙),或者把他们关进监狱(至少要关一段时间)。同时,政府强化安全措施,控制极端政治组织对躁动、脆弱的大众施加影响;它们甚至还调整宏观经济计划,为最贫困者留一些活路。

每一个问题都引发了专门的学术研究和相应的政治计划的制定。这些过分专业化的措施也经常使我们在理解现实问题时产生巨大的偏差——就好像夜晚天空的群星使我们眼花缭乱一样,使我们没有留意到在浩森的天空中暗处比亮处多。似乎很少有人意识到(或者有能力在有意识的基础上展开行动),我们正在经历一场规模巨大的、全球性的工业化革命:这场浩大的运动使生活的组织由小至大,达到大规模水平。不论好坏,西方国家之外的人民正在摆脱自给自足的与世隔绝的社会,通过在更广阔的市场上互相依赖,努力提高生活水平。

我们必须理解——但也很少能够被人理解的是——第三世界国家和前共产主义国家正在经历的工业革命,就像西方国家两个多世纪以前所经历的那场工业革命。两者的差别在

于，这场新的革命正在以更快的速度蓬勃发展，正在改变更多人的生活。英国在开始从农场到手提电脑、移动电话长达250年的发展过程的时候，只有区区800万人口；印度尼西亚在40年前开始这个进程的时候，人口只有2亿多——这就难怪其制度如此迟迟无法适应，但人们必须适应。不断增长的人性进步的潮流正在从封闭性的社会和家务劳动，向参与更为宽广的经济和智力交流的方向发展。正是这股潮流把雅加达、墨西哥城、圣保罗、内罗毕、孟买、上海和马尼拉从普通城市变为拥有1 000万、2 000万、3 000万人口的大城市，其势头超过了政治和法律制度的发展。

在贫困国家，法律秩序没有和这一令人震惊的经济和社会剧变保持同步发展，因此迫使城市的新移民创造出各种不合法的“法律”，来替代官方的固定法律。在发达国家正在开展各式各样的、广泛的、不具名的商业交易的同时，发展中国家的人民还局限于只同他们认识和信任的人进行交易。但这种不正式的临时商业协定进展得并不顺利。正如亚当·斯密指出的那样，市场越广阔，劳动分工就越细；同时，随着劳动变得越来越专业化，经济变得更富有效率，工资和资本的价值也在增长。而法律制度的不足则阻碍了第三世界国家和前共产主义国家中的有识之士和陌生人进行接洽，阻碍了劳动分工，把未来的企业家局限在经济专业化水平和生产率都很低的小圈子里。

在西方国家，使企业家获得成功的原因在于，法律把每一个人都融合在同一个所有权制度下，使他们有办法在扩大化的市场中开展合作，创造出大量的剩余价值。西方国家所取得的进步、一直到目前成指数倍增长的电子信息和远程通讯

科技，正归因于具备完善的所有权制度。全面的合法所有权制度使资产可以互换，为人们建立起责任制度，瓦解了大多数封闭性组织，导致了更大的人际网络的创立，同时也使创造资本的潜力大规模地得到提高。在这个意义上，所有权的发展遵循着人们所说的梅特卡夫法则。该法则得名于以太网[2]标准的创始人鲍勃·梅特卡夫(Bob Metcalfe)；以太网标准通常用于建立个人计算机网络。根据梅特卡夫法则：

> 网络的价值由它所服务的人口数量决定，同所分布的用户的数量大致成正比。电话网络就是一个例证。一台电话没有什么用处：你用它打给谁呢？两台电话就好一点，但还不够。只有当大多数人都拥有电话时，网络才最充分地发挥出改变社会的潜力。[3]

同样，随着所有权制度下的人口数量的增长，所有权制度的价值也在大幅增长。在人们知道如何连接计算机之前，计算机网络就已经存在了好几年；同计算机网络一样，当所有权制度互相连接在一个更大的网络里的时候，就会具有非常大的力量。只有到那时，某一财产所有权的潜能才不会局限于它的拥有人及邻居和熟人，而会受益于更多人的共同思维；只有到那时，人们才会服从于同一个法律制度，因为他们会意识到，没有法律，他们就会停止发展；也只有到那时，政府才能够真正管理经济发展进程，而不只是英雄似的跑来跑去忙于堵漏洞。事实上，如果现代化的政府和市场经济没有一个综合的正规所有权制度，就无法生存和发展。非西方国家的市场

今天所面临的许多难题主要是由于旧的所有权协定已经解体,而使资产和经纪人互相交流、使政府依法治理国家的标准规范还没有投人应用。

发达国家具备完善的体制,最终会把来自发展中国家和前共产主义国家的移民纳入它们的所有权制度网络,帮助他们创造剩余价值;和这些移民的境遇不同的是,在自己国家内部迁移的穷人得不到良好的款待,至少速度不会很快——这是由于穷困的国家缺少一个机制,只有依靠这一机制,才能把移民纳入正规社会部门,把他们的资产确定成可互换的形式,把资产的所有人变成能担负责任的个体,为人们提供联系与平衡制度,使人们能在大的合法市场中进行创造性分工,产生资本。正是因为这种情况,这些移民才以舍弃合法的秩序为代价,创造出各种不合法协定,用于替代在扩大化市场中进行合作所需的法律和制度——而根本不理会他们创造出的这些不合法约定有多么不完善。

因此,政治上的盲目包括,人们意识不到:不合法社会部门的成长和现存法律秩序的崩溃基本上应归因于生活正在由小规模组织水平向大规模水平发展。人们正在不知不觉中形成分散的组织(不过却是不合法的),直到政府能提供给他们一个合法的所有权制度,使他们能扩展劳动分工并创造出大量资本。

非西方国家正面临的基本问题不是正在向城市中心迁移的人口,不是堆积成山的垃圾,不是经济基础薄弱,也不是乡村正在被遗弃。发达国家同样存在这些问题,也有很好的解决办法。巴西库里蒂巴市[4]的贾米·勒纳(Jaime Lerner)之类的人已经在不同地方,在交通和废物处理等各种不同的方面

提出了成功的革新方法，对这一点作了证明。然而，第三世界面临的问题也不仅仅是城市的发展。事实上，洛杉矶等城市的发展已经超过了加尔各答[5]，东京比德里大3倍。发展中国家和前共产主义国家的主要问题是，它们迟迟意识不到非西方国家的大多数无序状态是一场革命性运动的结果。如果根据梅特卡夫法则，把这场运动看做有可能会建立起更大的人际网络，那么这场运动的成功希望远远大过问题的存在。人们一旦认识到这场运动的潜在价值，所面临的许多问题将更容易解决。

发展中国家和前共产主义国家的选择——除非有人设计出其他办法来产生资本，得到战胜贫穷的资源——就在于加入西方国家的行列，创造出一种制度，使政府能够管理并适应革命性的劳动分工中不断出现的变化，或者继续生活在不受法律支配的混乱状态之中——这实际上算不上一种选择。

为什么每个人都错过了真正的问题所在？因为有两个政治上的盲点：第一，我们大多数人都看不到，近40年来，在发展中国家和前共产主义国家，不受法律支配的人口出现了巨大的增长，已经产生出一个全新的企业家阶层。他们拥有自己的一套法律约定。相反，政府部门放眼四望，却只看到了巨大的人口流动、非法劳工、疾病和犯罪的威胁。因此，当住房部门处理住房问题时，卫生部门和司法部门也在关注着各自的事务；似乎没人注意到城市中所有表面的无序状态的真正原因实际上并非人口问题，也不是城市发展问题，更不是贫穷和无关痛痒的少数民族问题。这种无序状态主要是落伍过时的合法所有权制度所产生的结果。

我们大多数人就好像大象面前的一群蚂蚁：有些人只看

见大象四处搜索的鼻子，有些人则注意它摆动的尾巴，有些人被它来回扇动的大耳朵所吸引，还有些人则只关心它的大脚。但是，没人从整体上观察大象——这根本不是处理手边的大问题的正确办法。我们从前一章中知道，发展中国家和前共产主义国家的穷人占国民人口的大多数。实际上，他们占全球人口的五分之四；而且这些人没有别的选择，只能生活在法律制度之外。我们还从前一章中了解到，穷人们已经积累起足够的财富，但大多数穷人所具有的财产所有权并没有得到法律的承认。控制着拉美85%的新工作的有进取心的民众、在北京郊区的非法工厂工作的300万中国人，以及创造出50%国内生产总值的凌驾于法律之上的俄罗斯人，全都是在不合法协定的基础上工作。更常见的是，这些不合法的所有权基础协定公然抵触官方的书面法律——这才是我们要对付的大象。

我并不认为，在发展中国家和前共产主义国家，在大规模的、未开发的或非正规的社会部门中间出现范围相对较小的富裕经济部门，表明这些国家已经开始不均衡然而又不可避免地在向资本主义制度过渡。相反，我认为，在大量贫穷现象之中出现小范围的富裕表明，这些国家创造、尊重和实现应用于大多数国民的正规所有权制度的能力还有巨大的阻碍。

第二个政治盲点是：几乎没人意识到他们所面临的问题并不是刚刚出现的。事实上，在发展中国家和前共产主义国家的城市中大肆蔓延的人口迁移和不合法现象，同西方发达国家在经历工业革命时所面临的情况非常相似；发达国家当时也试图逐一解决这些问题。从西方国家得到的经验教训就是，要缓解贫困，靠零打碎敲和某些权宜之计还远远不够。只

有当政府对法律和所有权制度进行改革以促进劳动分工时，才能见到成效。当普通百姓有可能通过综合所有权制度的有利影响来提高生产力的时候，人们才能在不断扩张的市场中进行专业化分工，才能扩大资本的形成规模。

政治盲点之一：目前“钟罩”之外的生活

我们为什么没有看到这场新兴的工业革命？回顾20世纪80年代，当我和同事们在秘鲁开始研究工作的时候，大多数官员都以为秘鲁在很大程度上是受法律控制的。拉美毕竟具有历史悠久、体制完善、倍受尊重的法律传统。确实，也有一些穷人在法律之外开展经营，掌握着从技术上来讲并不合法的所有权和工作。但在大多数人看来，这一不合法的社会部门相当小，只是一个“次要”问题。发达国家有他们自己的贫困、失业和黑市等社会问题，我们也有我们自己的问题。大多数人认为这个部门只是国家的一小部分，是由贫穷、愚昧造成的，并且受到了当地雇主的控制。处理这些问题主要是警察或者少数学院派社会学家的分内事；而这些学院派社会学家的研究工作在他们的同事看来只是土生土长的新鲜事物。穷人勉强谋生、维持生计的场所最多不过是《国家地理杂志》和《探索频道》上的图片，或者是让玛格丽特·米德之类的人类学家和特里萨嬷嬷之类的圣徒开展工作的地方。

但似乎没人能得到确切的数据。事实上，没人真正知道如何评价穷人的所作所为，也没人知道他们到底拥有多少财富。很显然，对于我和同事们来说，现在正是抛开书本、学术性杂志以及政府的大量统计数字和图表的时候，去访问真正

了解这些问题的专家:穷人自己。我们走上街头,去观察,去聆听,很快就开始发现一些不同的事实和数据。例如:秘鲁的建筑业正在衰退。建筑物倒塌,工人们被辞退。然而,让人惊奇的是,销售建筑材料的公司的收银机还在丁当作响。事实上,水泥的销售量正在上升。经过进一步调查,我们发现穷人们买的水泥比以往任何时候都多,他们买来成袋的水泥,用于房屋、建筑物和企业的建筑工程项目。这些项目并没有经过合法的登记,领不到所有权凭证,因此也就无法显示在政府、经济学家和统计人员的电脑屏幕上。我们开始明白,在整个发展中国家的城市里,一种生气勃勃的、独立的、官方看不到的不合法经济正在逐渐发展。例如在巴西,建筑业在 1995 年只增长了 0.1%,而次年头六个月的水泥销售量却增长了接近 20%。根据德国人摩根·格伦费尔(Morgan Grenfell)的分析,其原因在于,60%~70%的建筑工程从未进入官方记录系统[⑥]。秘鲁的情况也是如此。

我们开始懂得,不合法的社会部门根本不是一个小问题,而是一个大问题。事实是,在最近的 40 年里,发展中国家已经经历了历史上最具有深远影响的一些变革;而前共产主义国家的国民也在过去的 10 年里,再次看见他们的世界发生了翻天覆地的变化。城市人口急剧增长,使看似永恒不变的秩序发生了激烈的动荡。我们中有些人并没有真的看到这些情况;有些人看到了,但并不认为这些情况会持续下去。

成长中的城市

就大多数发展中国家而言,城市的发展运动起始于 20 世纪 60 年代;在中国,这场运动则从 20 世纪 80 年代开始。出

于我将要提到的各种原因,原先自给自足的社会开始试图在城市内部或者城市周围进行融合,把促使他们处于分离状态的潮流倒转过来。自20世纪80年代以来,几百万中国农民已经开始聚集在城市周围,根本不理会法律的规定。《北京青年报》曾报道说:“对外来人口的管理已经失去了控制。”⑦

地中海周围国家的情况也是如此。根据亨利·博尔德里克(Henry Boldrick)的文章,自第二次世界大战之后,土耳其的农民开始向城市进发,在政府土地上建造自己的住房。这些自发出现的定居点现在至少已经容纳了土耳其半数的城市人口。尽管有些定居点已经部分合法化,并能相应地得到一些市政服务,但大多数定居点还没有这样的好运气。⑧

在菲律宾,部分媒体似乎已经在表明立场。《商业世界报》呼吁政府“制止把城市挤到爆炸临界点的趋势……人们看到用混凝土和空心砖建成的棚屋,然后开始困惑不已。政府对无家可归和城市不合法居民这些日益增长的问题到底采取了什么样的措施?”⑨

在南非,一些观察家(包括我自己)已经开始认为,不合法的房地产部门即将迎来第二个鼎盛时期。1998年,《新闻周刊》报道说:“越来越多的黑人挤满了坐落在南非每一座城市周围的不合法定居点和棚屋区。在种族隔离政策下,种族限制法案把许多黑人限制在乡下,但他们现在能自由活动——只不过活动得不太舒服。”⑩《经济学家》杂志证明了这个趋势:“尽管反对白人的政治暴行从未真正出现过,但种族隔离制度的结束使贫穷的黑人更加容易进入富裕的白人居住区。”⑪

埃及的知识分子和技术统治论者目前似乎已经意识到了

这个问题。根据最近的报告,"埃及的全部城市人口(在1947—1989年间)已经从620万上升到2 346万。"[12]杰勒德·巴塞勒米(Gerard Barthelemy)搜集的数据表明,海地太子港大都会地区的居民人口已经从1950年的14万上升到了1988年的155万,现正接近200万。巴塞勒米估计,这些人口中有三分之二生活在棚户区。

墨西哥的私营部门已经对不受法律支配的现象具有越来越多的认识,正积极地参与相关活动。根据一篇新闻报道所说:

> 1987年,私营部门经济研究中心(CPSEIS)的研究报告估计,不合法的非正规部门所产生的经济活动的价值占墨西哥官方统计的国内生产总值的28%～39%。该中心1993年的研究报告估计,全国就业人口有2 300万,而在没有登记的非正规部门内就有800万。安东尼奥·蒙蒂埃尔·格雷罗(Antonio Mentiel Guerrero)说:"每一家正规企业周围都有两家非正规企业。在墨西哥城的联邦区大约有35万家小型非正规企业,人口为800万左右。"格雷罗是墨西哥城小型企业商会(CANACOPE)的主席;这一组织代表了16.7万家正式登记注册过的企业。对于墨西哥城大都会地区内的2 000万人口来说,这只是个大概的数字,因为管理并不规范的棚户区还在发展,而且主要集中在城市中心外围。[13]

在发展中国家,不合法地区的特色在于,城市周边拥挤着

价格低廉的房屋和大量工厂，成群结伙的商贩沿街兜售货物，不计其数的小公共汽车在其中穿梭，所有的一切似乎都是凭空出现的，推动着城市的边界向外延伸。小工匠们挟着工具，形成一股股人流，扩大了城市内部活动的范围。在基本的货物生产和服务之外又添加了具有独创性的地方活动，为建筑业、零售业、房屋和交通的某些方面带来巨大变化。第三世界国家的城市周围一度平静的地区已经成为城市最新的发展地区；按照欧洲风格建造起来的城市除了具有更加嘈杂的地方特点之外，还掺杂了对美国社会风格的机械模仿。

单单是这些城市的规模就已经给居民带来了许多机会。新兴的企业家和他们的前辈不同，他们往往出身卑微。人们的上进心也得到了提高。消费模式和旧的城市社会所专有的奢华享受已经被其他更具广泛性的事物所替代。

向城市进军

当然，在解释大多数发展中国家和前共产主义国家里所出现的变化时，人口迁移是一个关键性因素。然而，人口迁移的原因却没有定论。各国都有评论家站出来，提供各种解释：战争、农村改革计划、农村改革的不足、外国禁运、开放国际贸易、恐怖主义、游击队、道德沦丧、失败的资本主义、失败的社会主义、退化的价值观、甚至还有低俗的品味(农村这么好，他们为什么不干脆留在那儿)。

不过，人们至少已经就一些常见的原因达成一定共识。对于发展中国家人口迁移浪潮最显而易见的解释是道路状况得到了改善。修建桥梁道路及把分散的道路连接成高速公路，唤醒了农村人口不断增长的欲望，使他们急于发现道路通

向哪里。于是，人们开始向城市迁移。其他通讯手段的发展也为成长壮大中的人口迁移提供了额外的动力；特别是收音机激起了对增加消费和收入的期盼。无线电波传播到几千里之外去宣扬城市生活中的机遇、快乐和舒适。任何人只要有勇气沿着道路向前迈进，就能拥有现代化的生活。

人们目前还相当普遍地认为，在许多国家里，人口迁移的另一个决定性因素是农业危机。第二次世界大战之后，农业现代化的发展及某些传统农业作物的市场情况不稳定，造成农村劳力大规模失业，使一大批准备去拓展新疆界的人从传统的住所上得到解脱。

农村地区也存在所有权的问题。许多发展中国家在开始漫长而复杂的农村改革之后，也只是使一直都存在的获得农业用地的困难性变得更加复杂，并最终使情况加剧恶化。许多人无法在农村获得土地或者找到工作，于是选择迁移到城市里，努力满足他们的物质需求，掌握他们一向都得不到的财产所有权。

人们离开农村的另一个强大动机是，在大多数主要城市里，婴幼儿的死亡率比较低。随着第二次世界大战后城市中医疗服务开始完善，城市与农村中婴幼儿死亡率的差距在逐渐加大。城市里的工资待遇较高也是一个重要的刺激因素。例如在拉美，到1970年为止，离开农村到大城市里从事半熟练工种的人的平均月收入能增加到原来的2～3倍。那些能找到正式工作的移民的收入可能会是原先的4倍；专业人员或技术人员的收入甚至会是原先的6倍。较高的工资抵消了失业的风险；一个普通移民只要在城市里工作两个半月，就能弥补失业一年所造成的收入损失；只要工作四个多月，就能弥

补失业两年带来的收入损失。情况就是如此。遥远的城市里的生活不仅仅只是看起来较好,事实上也确实不错。

就连发展中世界里官僚主义在全国范围内的蔓延也变成了人口迁移的动机。重新分配的权力仍然集中在政府官员手中,人们渴望接近政策决定部门,大部分有能力为人们提供建议、回答人们的请求、为人们发放许可证的政府办公室坐落在城区,找到一定层次的工作的可能性等,使正在成长中的政府变成了促使人们放弃农村生活的额外动机。不管城市生活有多么艰难,移民们满怀希望,认为他们的孩子也许会有一个更好的未来。在城市里,人们受教育的机会也更加完备。对那些自给自足的、处于半就业状态的农民来说,教育越来越变成一项有价值的、能带来生产力的投资;而城市里就有很多受教育的机会,包括中学、职业训练中心、高等教育学校或者机构、大学等等。

因此,人口迁移根本不是一个无理性的行为,而是出于一种“群集本能”,是农村人口在对目前处境和城市中的潜在机会进行精心的、理性的评估之后所做出的反应。他们认为,不管怎样,向更大的市场迁移和市场专业化分工会有利于他们自身。但是,迁移并非一个简单的过程。

穷人回家

移民们到达城市后,遇上的是一个充满敌意的世界。他们很快地认识到,尽管城市中有权有势的人认为农民们浪漫、柔弱,也会很快地承认所有公民都有权享受幸福,但他们情愿优秀的农民能在家乡寻找幸福,而不是蜂拥到城市里来。农民们不应该到城市来寻找现代化生活。为了达到这个目标,

基本上每个发展中国家和前共产主义国家都已经开始了把现代化引入农村的发展计划。

但针对移民们的最大敌意来自于法律制度。最初，法律制度能够轻易地把他们吸收进来，或者不加理会，因为到城市里来的只是一小部分人，他们几乎不可能会破坏现有秩序。不过，随着移民数量的增加，法律制度无法再保持无动于衷；新到的移民们发现自己被排斥在合法建立起来的社会和经济活动之外。他们很难得到住房，也无法进入正规的商业领域或找到合法的工作。原因非常简单，大多数第三世界国家的法律制度多年的发展只是为了满足和支持某些城市团体的需要；应付农民的需要是另外一码事。只要这个法律制度能发挥作用，它暗含的法律歧视就不会暴露在表面上。然而，农民们一旦在城市里定居下来，正规的法律制度中包含的隔离政策就露出了狰狞的面目。至少从外面看来，突然之间，人们就清楚地看到了“钟罩”。

某些前苏联国家也面临着所有权制度的混乱，而且至少有部分杰出人士已经认识到了整顿这些混乱状态所带来的经济利益。根据1996年的报告，“在俄罗斯，保护土地所有权的机制尚未成熟……在许多地区，土地的登记部门必须有别于房屋登记机构。而且，办理登记后所得到的法律保护还不明确……政府必须从零做起，制定出保护和使用土地所有权的程序和规章……土地可能是俄罗斯最有价值的资源，整个国家经济和民主社会都建立在这一资源基础之上……”[14]

在我们对整个第三世界的研究中，我们发现，如果法律制度所强加的规则超过了社会可接受或可能接受的范围，就会改变那些被排除在法律之外的人们的愿望，不合法的活动也

就会大量增长。我们从第二章了解到，我和同事们在各个国家不合法的社会部门内所做的研究和实验证明，影响人们进入合法所有权制度的关卡阻碍往往令人畏缩，而且代价高昂，几乎没有人能跨越政府和私营机构里的官僚主义作风——在埃及，要用14年的时间在31个公共或私有机构进行77道官僚程序才能合法地购买私有土地；而在海地，则需要19年的时间并完成176道手续。

如果合法化要付出代价，那么停留在法律之外也注定要付出代价。我们也对此进行了衡量。我们发现，在合法的工作和商业世界之外生存所付出的代价同样大得惊人。例如在秘鲁，经营不合法企业的费用包括，要把10%～15%的年收入用于向政府行贿和交纳佣金；再加上为避免受罚所付出的费用、在合法渠道之外进行财产转让的费用、在分散的地点进行经营的费用，以及得不到信用贷款，不合法企业家的生活成本往往更加高昂，充满了日复一日的更加激烈的斗争。

也许他们最重要的费用是由缺少“促进性法律”所造成的，也就是说，缺少鼓励人们抓住经济和社会机遇、在市场范围内进行专业化分工的制度。我们的研究表明，无法在法律范围之内开展经营的人也无法有效地掌握财产所有权，或者无法通过法庭强制执行合同；他们也无法通过有限的责任制度和保险公司来减少交易的不确定性，无法成立股份公司，以吸引额外的资金来共担风险。不合法企业还无法获得随着经济水平的提高进行企业化发展所需的保障，也无法通过著作权法和专利权制度获得创新和保护创新的动力。

穷人们进入“钟罩”受到了阻碍，也就根本无法接近产生资本所需的任何合法的所有权体制。为了尽可能明确地阐明

法律隔离制度对穷人造成的灾难性的经济后果，我和同事们决定把注意力集中在没有正规所有权的房地产上。在我们调查过的所有国家里，我们发现大约80%的土地得不到不断更新的财产记录的保护，或者不是由合法的责任人所拥有。因此，任何不合法所有权的交换只能局限于传统交易伙伴的封闭圈子里，不合法财产所有人的资产被排斥在扩大化的市场之外。

这就使不合法的资产所有人得不到业务拓展所需的信用贷款——而在发达国家，业务拓展是开创和发展一家企业的关键步骤。例如在美国，新企业所获得的信用贷款70%来自于基于正式的所有权凭证的抵押贷款。此外，不合法现象还意味着人们得不到法律保护就缺乏投资的动机。

移民们同法律制度的联系被割断了；他们认识到，为了从无可奈何的现状中得到每一项他们认为应属于自己的权利，他们必须斗争。他们还知道，富裕的惟一保证就在掌握自己的手中。简而言之，他们不仅要同其他人竞争，还要同法律制度进行竞争。如果他们自己国家的法律制度不打算欢迎他们，他们别无选择，只能建立起属于他们自己的“不合法制度”。在我看来，在发展中国家自独立以后的历史中，在前苏联各国自共产主义制度解体后的历史中，正是这些不合法制度构成了对现行状况最重要的反抗。

发展中的不合法现象

在过去的40年里，第三世界国家的大多数主要城市至少已经扩大了4倍。到2015年时，发展中国家的50多个城市的人口将达到500万或更多。[15]这一事实非常令人震惊；但

是，如果你想到这些城市新移民中的大多数人都在不合法地经营时，你甚至会更加震惊。在发展中国家和前共产主义国家，不合法的社会部门无处不在，新出现的经营活动正逐渐代替传统的经营活动。走在大多数街道上，你肯定会碰到不合法现象。你乘坐的可能是不正规的出租车、公共汽车、卡车、飞机或者轮船。人们估计，就连大多数用来销售的书都是非法印刷的。

事实上，人们已经通过建立起不合法的定居点和企业，在政府法规的边缘上获得并发展创立起他们自已的邻里关系——或者直接和政府对抗。我们发现，在秘鲁建起的每100幢房屋中，大约只有30幢拥有合法的所有权凭证，而另外的70幢都是不合法建造起来的。在拉美，每8幢建筑物里就有6幢位于资本不足的社会部门，80%的房地产都不受法律保护。根据大多数估计数字来看，在发展中世界，不合法社会部门内的人口占所有工作人口的50%～75%，他们的全部生产量占整个第三世界生产总量的五分之一到三分之二以上。

看一下巴西的情况：30年前，超过三分之二的房屋用于出租；今天，出租房只占了不到3%。大部分出租房市场已经转入城市的非正规地区——棚户区。正如唐纳德·斯图尔特(Donald Stewart)所说：

> 人们意识不到棚户区内存在着大量的经济活动。这些非正规经济起源于来自巴西东北部的农民们的企业家精神。他们被城市中心吸引而来，在高度规范化的正规经济制度之外根据市场供求关系开

> 展经营。尽管他们明显缺乏社会资源，但这种非正规经济运转得颇有成效。在棚户区，没有租金限价，租金用美元支付；谁不交房租，就会被立即逐出。投资的收益很好，结果就出现了大量房屋。[16]

《华尔街日报》在1997年报道说，根据“土地之友”组织的报告，巴西亚马孙丛林里只有10%的土地具有正规的所有权凭证。[17]在其他国家，不合法现象也处于上升之中。

在发达国家，“下层阶级”只代表了生活在社会边缘的一小部分人。和发达国家的情况不一样的是，在有些发展中国家和前共产主义国家，特别是在某些地区，不合法现象差不多已经变成了社会主流。为了掌握今天的非法部门的重要性，把这些部门的规模和其他数字进行比较会很有帮助。例如，在我们调查过的大多数国家里，在当地助手的帮助下，我们已经判断出，单是不合法房地产的价值就远远大于商业银行内的全部存款，大于当地股票市场里登记上市的全部公司的总值，大于所有外国直接投资，大于所有已经私有化和即将私有化的国有企业的全部价值。你只要想一下，就不会那么吃惊了：发达国家国民财富的50%左右是房地产；而在发展中国家，据估计，接近四分之三的国民财富是房地产，合法及不合法的私有土地交易约为国民生产总值的10%～20%左右[18]，投资额差不多资本总量的10%～30%。[19]其原因是：在发展中国家和前共产主义国家，不合法住宅区通常是投资的惟一途径，因此也就成为储蓄和资本形成过程中的重要组成部分。此外，城市国民生产总值的比例也在日益增长；这似乎表明，大量的潜在资本和技术知识正主要积累在城市里。

不合法现象已经扎根

我们已经看到，在今天的第三世界里，不合法经济活动的高涨、农村地区和四处扩张的非法城市居民区——例如秘鲁、巴西、委内瑞拉、墨西哥、前英法殖民地等地的棚屋棚户区——内的大量不合法定居行为，比人口增长、贫穷，甚至非法活动的情况还要严重。不合法现象对"钟罩"的冲击可能是促使政府当局接受眼前的工业和商业革命的最重要因素。

事实上，大多数发展中国家和前共产主义国家的政府还不足以同不合法的力量展开竞争。严格地讲：大多数不合法的房屋公司已经比政府付出更大的精力为移民和贫民提供住房。例如在秘鲁，到20世纪80年代末期，政府在低收入人口住房上的投资只是不合法的社会部门在住房上的投资的2%左右；再加上政府为中产阶级住房的投资，这个数字也只是全部非正规社会部门投资的10%。在海地，1995年的统计报告指出，不合法的房地产差不多比海地政府所拥有的全部房地产大10倍。

不合法居民的人口并不代表一个严格意义上的或是静止的社会部门。他们所生活的灰色区域比合法世界的疆域大很多。当人们为了遵守法律而付出的代价要超过遵守法律所获得的好处时，他们就进入这个部门寻求庇护。为了生存，移民们只能跳出法律的管辖范围，因为法律制度不允许他们进去。如果他们想生活、进行贸易、从事生产运输或者消费，就必须在法律管辖范围之外进行。

各种不合法协定是某些社会成员在主流政治和官方法律之外为保护他们的所有权和经济活动而制定出的明确的义务

关系的总和。它们包括有选择地从官方法律“借”来的规则、特别的临时补充办法，以及从原籍带来的或在当地形成的惯例。这些协定由社区共同支持的社会契约组合在一起，由选举出来的权威人士或部门加以执行。这些不合法协定的不利之处在于，它们没有融入正规的所有权制度中，因此无法互相替换，无法适用于大多数交易；这些协定也没有同财务和投资体制挂钩，而其成员对自己所属的社会契约之外的权威部门或权威人士不负任何责任。

这些约定由各种组织负责执行，例如城市发展协会、农业代表会议、小型商人协会、小型企业组织、小企业团体、运输联盟、矿工权利俱乐部、农业改革互惠组织、私人住房合作社、定居点机构、住房委员会、公共委员会、国有住房互惠委员会、地方性团体、小型农民协会、城镇组织、沙漠土地建筑机构、农业土地建筑机构、旧城区特别协调机构、公共住房分部、私人合约定居点、公共合约定居点、转租拨款委员会、没有完整所有权的国有住房机构、无公证无记录的非法租约部门、未公证但有记录的定居合同、“国家和平运动”承认的定居点、迁居户、在基础设施服务或税务部门有记录但未经官方所有权管理部门记录的定居点等。

不合法现象很少像走私毒品、偷盗或者绑架那样具有反社会的目的，其相关“罪行”的意图也只是实现建筑房屋、提供服务、发展企业之类的普通生活目标。不合法的“法律”制度远非社会混乱无序的根由，而是人们用来规范生活和交易的惟一可行办法，因此全都与人们的生活和工作情况息息相关。这种“法律”也许不是正规的法律，但却是人们基本上能够轻松应付的惟一法律，是人们赖以生活和工作的社会契约。

移民们所居住的不合法定居点最初也许看起来像贫民窟，但它们和发达国家国民所熟悉的城内贫民窟完全不同。在发达国家，贫民窟是一度体面堂皇的大厦由于疏于管理和缺少资金而倒塌变成的。然而，在发展中国家，穷人的基本容身之处却可能是一步步地逐渐修建完善起来的。在发达国家，穷人的房屋会随着时间的流逝而贬值；而在发展中国家，贫民定居点的建筑却发展得越来越值钱。事实上，在几十年不到的时间内，它们就会发展到相当于西方国家工人阶级的社区的水平。

总而言之，不合法居民和他们无法无天的形象相反，同样具有在文明社会中享受平静、富足的生活的愿望。西蒙·法斯(Simon Fass)在他关于海地经济的著作中所作的精彩结论恰好符合我和同事们对海地及其他被调查国家所作的结论：

> 这些普通人只在一个方面称得上无与伦比。他们的收入很低，一次严重的判断失误或者一场不幸的意外通常就会威胁到一家人的生计，有时甚至会威胁到他们的生命。称得上无与伦比的不是贫穷本身，而是他们不顾贫穷努力生存下去的能力……他们的所作所为只是对生存和发展进行创造性的贡献；他们所拥有的简单生活资料作为生产过程的投入要素，发挥了实实在在的作用。[4]

随着与其相联的经济活动的发展和多样化，不合法的组织也已经开始在和政府的关系上发挥主导作用。道路、水电供应、污水处理系统之类的基础设施、市场建设、交通运输服

务，甚至还有司法和维护秩序，在不同程度上都不再只是政府单方面的责任；它们现在也可以由这些新的组织来提供。

面对不合法现象的发展，政府已经开始退缩。但是，政府往往认为每一次退让都是暂时的，“危机终究会过去”。然而，这种策略事实上只是在否认现实，旨在拖延不可避免会出现的失败。在有些情况下，政府实际上已经对部分不合法企业进行了例外处理，把它们变成合法的“飞地”，使原本不合法的企业能够不受干扰地开展经营活动；但政府并没有把它们融入合法制度，使这些企业能够享受整体法律制度所带来的保护和好处。政府的这种安排避免了政府和不合法居民进行公开对抗；同时，这种安排也可以被看成是过渡性的法律和平条约。例如在埃及，有关专家已经在开始谈论“半正规化住房”：

> 这类住房不仅仅增加了国内住房的储备，提供了相对廉价的住房，而且还为大量的城市人口提供了可供投资的资产。这类住房确实有一定程度的不合法性，因为房屋的建造不是通过固定的规范化程序发展起来的，建筑商也没有使用公认的住房建造制度，而且通常是建造在由私人开发商非法划分出来的小块农业用地上。
>
> 政府通常会参与半正规化住房取得土地使用权的过程。在经过调研的半正规化住房地区，正是由政府部门带头促进发展——这就鼓励了私人开发商在后期把土地非法划分成小块。通过政府的秘密运作，农业用地被转为住房用地。这些地区内的居民通常是借助不正规的土地再划分和土地商业化过程

来获得土地。亚历山大城的黑格·埃尔·玛瓦塔亚、埃克斯贝特·阿布·索利曼和埃兹贝特·纳迪·埃尔西德就是这类地区的最好事例。[21]

甚至在人们认为最不可能的地区，也已经有证据表明，政府正在认识到其法律制度并不适应于殖民地时期过后的革命性经济状况。1992年，《绿色发展》杂志报道说，利比亚领导人穆哈玛尔·卡扎菲(Muhamar Gadhafi)焚烧了利比亚所有的土地凭证。据报道，卡扎菲上校召开司法部会议说："旧的土地登记部门里的、表明土地归这个部落或那个部落所有的全部记录和文件都已经被焚毁，因为它们建立在剥削、伪造和掠夺的基础上。"[22]

在有些国家，不合法的社会部门目前正处于社会的最底层。正是由于这一原因，人们才能看到来自塞内加尔的图巴市的移民在纽约和其他美国大城市的人行道上兜售货物。大多数这些来自非洲的"企业家"只是复杂的非洲伊斯兰教派中的一小部分人，却把几百万美元的利润寄回了他们在图巴的家中。据《经济学家》杂志报道："图巴市位于萨赫勒地区的边缘、穆里德地区的中心。图巴市城中有城，很大程度上不受塞内加尔法律的管辖，是这个国家里发展最快的城市。整个城镇重新进行了规划部署，在富人的高墙别墅之间建起锡皮小屋……图巴是一个免税城市，是塞内加尔的交通和房地产业的中心，也是正在快速发展的非正规社会部门和花生贸易的中心，更是外汇的主要来源。"[23]

在世界其他角落，不合法居民们对失去土地的所有权的担心会引发公开的冲突。印度尼西亚的问题就是一个例证，

它所存在的问题近年来曾多次出现在新闻报道中。回顾4年前,《经济学家》杂志就警告说:

> 因为城市化发展和工业化发展大量需要土地,穷人们对失去土地的所有权急躁不安。在这个国家,土地的所有权是一个非常黑暗的行当。印度尼西亚半岛上只有7%的土地具有明确的所有权。
>
> 这就不可避免地大量出现了真假土地证书的交易。想买地的人有时会发现很多人都声称对土地拥有所有权,银行也对接受土地作为贷款抵押非常谨慎。[24]

在有些国家,不合法现象的存在和苦难的生活紧密相联:"孟买城的1 000万居民中有三分之二生活在简陋的单居室里,或者住在人行道上。"[25]在其他地方,有些不合法的社会成员正在沿着经济阶梯向上攀登。根据秘鲁技术评估组织的报告,在利马,正规社会部门里的土地价格平均为每平方米50美元左右,而在秘鲁的大多数非正规制造业集中经营的加马拉地区,每平方米土地的价格高达3 000美元。在利马另一个不合法的社会部门中心地区——阿维席翁,土地价格为每平方米1 000美元;而在利马的扎哈特区的席穆,土地价格为每平方米400美元。相比之下,在利马最具声望的地区——米拉弗劳和圣·艾斯德拉,合法的、有凭证的土地的价格在每平方米500美元至1 000美元之间。

无需恐慌:这是一段老话

我们已经看到,穷人们实际上已经控制了大量的房地产和有创造力的经济单位。只要政府部门坐下来想一想,就会明白:它们目前面临的许多问题是成文法律和大多数国民的生产和建筑方式不协调所造成的结果。显而易见,如果成文法律和国民们赖以维持生计、掌握财产的"法律"发生了冲突,注定会出现社会不满、贪污、贫困和暴力。

那么惟一的问题就是,政府还要多长时间才能着手把所有社会资源融入一个有秩序的、前后一致的法律框架,使不合法协定变得充满理性。否则,政府只能让法律上的无政府状态继续下去,让现存的所有权制度和不合法的所有权制度继续开展竞争。显然,还是只有一个合法制度的方案更加可取。如果要把管理所有生产活动的规章制度纳入同一个法律秩序,那就有必要调整官方法律,使之适应于大量的不合法现象向全面的综合所有权制度发展这一现实。

令人高兴的是,法律制度的改革者并不会陷入无底深渊。他们面临的挑战很大,但许多国家从前都曾遇到过这个挑战。尽管发展中国家和前共产主义国家今天所面临的挑战在许多方面更引人注目,但这些挑战基本上也正是发达国家自 18 世纪以来一直到第二次世界大战期间始终要应付的问题。社会上出现大量不合法现象并非一个新问题:当政府不能使法律符合于人们的生活、工作方式的时候,就会产生大量不合法现象。

当欧洲开始工业革命时,欧洲国家的政府也面临着与今天的发展中国家和前共产主义国家政府所面临的情况相似的

问题。它们也苦恼于无法控制的人口迁移、不合法社会部门的发展、城市的贫困和社会动荡不安；它们也忙于逐一进行解决，但直到它们创立了合法的所有权制度，加速了劳动分工，提高了穷人的劳动生产力，才使情况得以缓解。今天的改革者可以从以上事实中获得安慰和力量。

政治盲点之二：历史上“钟罩”之外的生活

向城市迁移

大多数作者都把欧洲伟大的工业、商业革命和人口向城市迁移、瘟疫之后的人口增长，以及同城市里的收入相比，农村的收入在减少等情况联系起来。[26]在17世纪和18世纪，城市里的工人的收入开始比那些在统治阶级的命令下在农村地区从事建筑项目的工人的收入高，这就不可避免地使越来越多的农民满怀信心地在高收入的引诱下向城市迁移。

在英国，人口迁移的第一波浪潮开始得相对较早，出现于16世纪末期。当局在不断增长的城市移民数量和普遍的社会动荡不安的困扰之下，试图用向穷人分发食物、牛奶、谷物和汤等各种权宜之计来维持和平。它们还不断地用各种手段劝说人们返回农村。英国政府分别在1662年、1685年、1693年，针对新的城市贫民颁布了一系列法令，希望能迫使人们回到出生地或从前的固定住所，其目标是阻止更多的家庭和劳动力到城市里寻求就业。1697年，英国政府颁布了一项法令，规定任何移民要想自由迁移，就必须从新定居地的当局获得定居证明。政府还试图用救助那些返回到出生教区的穷人

和退休人员的办法来阻碍人口流动。法律制度确实阻碍了一些家庭和体弱之人向城市迁移,但年轻力壮、信心十足的未婚小伙子们似乎还在千方百计地设法返回城市;也正是这些人才有可能成为成功的企业家——或者暴力革命家。

但大多数移民没有找到他们预期的工作。限制性的规章制度,特别是人们难以得到扩展经营和多样化经营的许可,限制了正规企业的发展能力,也就限制了这些企业为新劳动力提供工作的能力。一些人找到了临时工作,或从事家政服务。许多人被迫在城市郊区(也就是今天所说的不合法定居点)暂时住下,盼望能得到进入行会的许可证,或者能在合法企业里找到工作。

社会动荡不可避免。向城市迁移的运动一开始,现行的政治制度就开始滞后于快速变化的现实状况。苛刻的重商主义制度阻碍移民们实现他们的全部经济潜力。城市人口增长所带来的社会后果——以及农民们在适应城市生活时必不可少的种种困难——进一步加重了社会矛盾。正如D·C·科尔曼(D. C. Coleman)所说,早在16世纪时,英国国会就抱怨城市里出现了"大量的乞丐","流氓、流浪汉和小偷"的数量也在增加。[27]

政府没有调整法律以适应这种新的城市现状,而是制定出更多的法律和规章制度,试图对其进行压制。规章制度越多,违法现象也就越多——很快,政府又制定出新的法律来处罚那些违反了先前的法律的人。法律诉讼不断增加,走私和诈骗四处蔓延,政府就求助于暴力镇压。

不合法现象的出现

找不到合法工作的欧洲移民逐渐着手开办非法的家庭工厂。大部分这样的工作都不是全职的，而且“主要是直接加工，投入的主要设备不外乎是一些简单的手工工具”[28]。城市里的永久性居民非常鄙视这些处于行会和官方工业制度之外的工作。

当然，移民们没有选择的余地，不合法的工作是他们收入的惟一来源。不合法的经济部门于是开始迅速蔓延。伊莱·赫克舍(Eli Heckscher)引用奥利弗·戈德史密斯(Oliver Goldsmith)在1762年所作的评论说：“几乎没有什么英国人每天不会触犯某些法律，但他们不会受到处罚……除非有人出于贪污和惟利是图的目的去执行法律。”[29]赫克舍还引用了法国1687年和1693年的两份法令说，那时的生产技术条件和当时的时代不相吻合的一个原因在于，那时的工人比现在发展中国家的工人更加缺少教育，因此也就无法满足纺织行业中最简单的法定标准(这一标准不过是要求把制造商的名字放在衣服的前襟上)。尽管这些移民工人也许非常缺乏文化，但他们非常有效率。亚当·斯密曾经评论说：“如果你想顺利完成你的工作，那就一定要到郊区(的不合法定居点)；在那里，工人们没有特权，只能依靠他们自己。然后，你必须尽可能地在不被当局察觉的情况下把产品走私到城里。”[30]

然而，政府当局和合法商人并没有像亚当·斯密那样对城市里的竞争情况留下很深的印象。在英国，自1660年恢复君主政体后的几十年里，部分传统主义者开始抱怨不断增多的街头小贩、发生在固定商店前的骚乱，以及在许多小城市里出

现了新的商店店主。正规的企业经营者试图赶走这些新的不速之客，但白费力气。在巴黎，裁缝和二手服装经销商之间的法律纠纷延续了300多年，直到法国大革命爆发时，这场纠纷也看不到有结束的迹象。

法律法令的序言经常和法律本身不相吻合。根据赫克舍的描述，为了保护本国的毛纺制造业，英国于1700年禁止从印度进口印花棉布。而富有进取心的英国制造商总是能从法律条文中找到例外情况和漏洞，继续生产这样的印花棉布。其中一个方法就是使用粗斜纹布——这是英国的一种用亚麻斜纹布制成的棉布。西班牙还对不合法的企业家进行了起诉和处罚。1549年，查理一世针对不合法企业颁布了25项法令；其中一项处罚是用剪刀剪掉样品的镶边，以此羞辱经销商，并告诉顾客这是不合法商品。

政府对不合法现象的压制非常多，而且非常苛刻；在法国，甚至会置人于死地。18世纪中叶，法国的法律禁止人们制造、进口或者销售印花棉布，对违反者的处罚包括从劳役到无期徒刑。然而，不合法现象还是没有得到制止。赫克舍估计，18世纪的法国在10年的时间里，根据禁止非法制造和进口印花棉布的法律，处决了16 000名走私者和地下制造商，更多的人被判罚苦役或受到其他形式的处罚。仅仅在瓦朗斯镇一个地方，就有77名不合法企业家被送上绞架，58人被判车裂，631人被罚服苦役。政府当局决心不放过任何一个不合法经营者。

埃克隆（Ekelund）和托利森（Tollison）撰文指出，政府当局如此严厉地迫害不合法经营者，不仅仅是由于政府想保护正规企业，而且还由于多色印花棉布会使征税更加困难。[31]识

别单色纺织品的制造商比较容易，政府因此可以判断制造商是否缴纳了全部税金；但是，由于出现了一种新的印花系统，人们可以在印花棉布上使用各种颜色，这就使当局很难判断它们的产地。

国家在很大程度上依赖行会（它的主要作用就是控制人们进入合法企业）来识别违法商人。但是，政府当局没有调整法律来容纳不合法的制造商，而是制定更加严格的法律，这只能迫使企业家向不受法律管辖的郊区迁移。1563年，英国颁布了《技工和学徒法案》，规定工人的工资增长比例每年要根据某些基本生活必需品的价格进行调整，于是最早的一批不合法企业家中有许多人把他们的企业迁到城外或者新出现的郊区。在这些地方，国家的监督不太严格，管理较为松散，或者根本没人管。搬到郊区还使不合法经营者避开了行会的监视，因为行会的权限只能达到城市的边缘。

最后，不合法竞争不断发展，使正规企业的拥有者别无选择，只得把部分生产任务转包给郊区的工厂，以此降低计税基数，结果却造成国家税率的上升。这就造成了一个恶性循环：较高的税率加剧了失业和社会动荡不安，促使更多的人向郊区迁移，促使正规企业把更多的生产任务转包给不合法制造商。有些不合法制造商经营得非常出色，逐渐得到了进入正规企业的权利——但还是要进行贿赂和施加政治压力。

行会对此予以还击。在都铎（Tudors）王朝的统治下，英国颁布了无数法律，禁止在郊区建立不合法的工厂和服务性机构。但不合法社会部门的规模和它们躲避检查的技巧使所有这些努力无功而返。诺里奇帽业和被单业行会的失败最引人注目。它们与不合法经营者展开了漫长的、高度公开化的

斗争，但还是无法实现法律赋予它们的制造帽子和被单的专有权利。[32]不合法的企业家使行会摇摇欲坠。科尔曼把行会的衰退归因于“不断增加的劳动力、不断变化的需求模式和不断扩展的贸易，以及新兴企业的发展、农村工业在工作外包制基础上的大规模扩张”[33]。

打破旧秩序

面对日趋增长的不合法现象，当时欧洲国家的政府就像今天的发展中国家和前共产主义国家的政府一样，渐渐地被迫退缩。在英国，从重商主义经济向市场经济的转变相对平和。政府制定了新的法案，使农村和郊区的企业合法化。瑞典国王古斯塔夫斯·阿道弗斯(Gustavus Adolphus)无法阻止不合法定居点的建立，不得不去视察每一个定居点，然后送上他的祝福，以此来维持一种假象，即政府还在控制一切，法律依然能够得以实施。

只要重商主义制度还在延续，欧洲国家为了控制不合法企业的蔓延所做的大部分努力就不会成功。英国的新兴企业主要在没有行会和法律限制的地区进行发展——面对这一情况，政府被迫承认不合法企业的存在。事实上，不合法的移民们还特别建立起属于他们自己的城镇和郊区，来避开国家和行会的控制。此外，不合法企业正在变得更有效率，更加成功。社会普遍认为，棉纺织工业的繁荣是由于它不像毛纺织工业那样受到严格的管理。人们很快开始注意到，同他们在“钟罩”之内的合法竞争者相比，不合法的定居点正在生产出更好的货物，提供更优质的服务。1558年，塞西尔(cecil)勋爵向英国女王伊丽莎白一世提交了一份报告。报告中对新的不

合法定居点哈利法克斯的居民是这样描述的：

> 由于他们对贸易的应用和所处的地位，他们在政策和工业方面优于其他地方的居民；由于粗鲁、傲慢的乡村风格，他们在智慧和财富上也超过了其他地方的居民。一旦他们得知出现了一种新的、更为广阔的经营方式——这种方式能启发他们的独创性，而不会使他们和旧的礼仪相联——他们就会鄙弃原先的方式……他们对与坚定的企业发展联系在一起的新生事物具有天生的热情。[34]

不合法的移民们不仅仅在郊区定居，而且还开始在城市内部建造房屋。在德国，想在城市里建造房屋，必须通过一项检查并得到法律许可；但据一位历史学家所说，“整个街区里到处都可以看到正在修建的房屋，但没人曾得到建造房屋的合法授权”。[35]

大量不合法移民的存在——以及他们的努力和成就——开始破坏重商主义秩序的最本质基础。不管移民们取得什么样的成功，都是在不理会政府管理的情况下取得的；他们注定要把政府当局看做他们的敌人。在有些国家，政府宣布不合法企业家为“非法”，并加以迫害，而不是调整制度以吸纳他们的企业，这不仅阻碍了经济的发展，而且还会使社会动荡不安，最终演化成暴力冲突——其中最著名的就是法国大革命和俄国革命。

然而，有些国家能非常迅速地适应不合法企业家带来的革命，于是可以相对平和地完成从重商主义经济到市场经济

的转变。政府一旦认识到处于运转中的不合法经济部门比失业移民的数量剧增在社会、政治、经济上更加可取，就会开始撤回对行会的支持。结果，在英国，申请加入行会的人越来越少，因此也就为国家彻底改变企业管理方式做好了准备。

国家的权力也在削弱。任何法律制度如果像在欧洲工业革命前一样苛刻，就注定会充满贪污现象。赫克舍曾提到英国1692年的一份法令。他指出，许多地方的税务检查员到工厂去检查时，只是收取事先谈妥的税款，而根本不逐一检查工厂的货物，看看生产厂家实际上到底拥有多少货物。大多数生产监督人员——不管他们是属于某个行会的，还是由国家任命的——不断地被控贪污或玩忽职守。这类情况应该归因于公民们对法律缺乏尊重。

在17世纪末期的英国，国会议员有权批准成立企业。但是，就连这些国会议员也会为了某些特殊优惠而接受贿赂。1601年，英国国会下议院议长认为："地方执法官是有生命的怪物；（他们）用众多的法律条文去对付仅有的几个应接受处罚的人。"国家官员们试图把法律制度的失败归罪于不恰当的执行体制，而不是不完备的法律——今天的发展中国家和前共产主义国家就是这样。1577年曾有一份小册子总结说："我认为在这些问题上无法制定出更好的法律，只能用执行死刑来解决。"约瑟夫·里德（Joseph Reid）分辩说，旧秩序的解体是由于它受到了普遍的贪污现象的影响——贪污现象充斥所有机构，把人们分为能战胜法律的人和不能战胜法律的人。他还强调说，一个鼓励部分人违法而强迫其他人守法的法律制度最终免不了要失去在所有人中的威信。[35]法律和规章制度是在城市里制定出来的，但郊区的居民接受不了，而郊区的

地方执法官也没有动力去执行这些法律和规章制度。到18世纪末期时，整个欧洲的法律机构都已经被削弱，而有些国家的法律机构则被彻底腐化。

当政府处于主宰地位时，人们把所有希望都寄托在政府身上。这就造成了前资本主义时期的典型经济模式：当工资上涨速度超过食品价格涨幅时，商人们就呼吁实行最高工资限额；当食品价格上涨速度超过工资涨幅时，工人们就要求实行最低工资保障和食品最高价格限制。政治压力和政治行动决定了价格、收入和工资——这种状况打击了工农业生产和用工政策，结果造成：最高价和最低价都无法解决食品短缺和失业问题。“事实是，当对经济目标的追求不断需要支持的时候，人们就进入了一个充满暴力的年代。”[37]街头暴力和打斗无休无止。这时，许多人就准备进行意识形态上的和党派间的暴力革命。

在这样的经济危机和社会动乱中，最强大的和最有自信的人选择了移居国外或者参加革命运动。在当时整个历史阶段，成千上万的意大利人、西班牙人、法国人，以及其他的欧洲人迁移到其他地方，寻求更美好的将来。在法国，政府对胡格诺(Huguenot)派教徒[38]和不合法的纺织业工人进行迫害，促使许多企业家和熟练的技术工人背井离乡——他们主要是到英国和荷兰去寻求发展。

早在1680年，在显然不可能实现巨大的经济发展时，社会上出现了一种宿命论：“贫穷的制造业者普遍认为他们的产品的价值从来不会超过10英镑……如果他们一周只工作三天就能得到足够的生活用品来维持他们的生存方式，那他们第四天就不会工作。”[39]

最终——在300年以后

从19世纪到20世纪初期,大多数西欧国家的法律开始努力追赶现实状况的发展。那时,欧洲人已经认识到,仅仅通过一些小的特别调整,根本不可能管理工业革命的发展和消除大量不合法现象。政治家们也终于接受了现实,明白问题的关键不在于人而在于法律本身,明白了正是法律在阻碍穷人变得更具有生产力。由于结构状况不良的税收制度和各种管理条例窒息了正规企业,也由于不合法人员公开对抗法律,非常不满于被逼到社会边缘,政治家们已经准备根据社会现实对政策进行调整。法律僵化的速度几乎和移民定居点包围城市的速度一样快。随着小贩、乞丐和窃贼们拥上街头,随着不合法地制造出来的货物和走私品充斥市场,官员们的贪污变得肆无忌惮,暴力使文明社会趋于瓦解。

尽管大多数欧洲国家在资本主义前期的社会状况及衰落情况大致相似,结果并非总是相同。有些国家着手把具有排斥性的法律制度转变成能吸纳融合不合法企业的法律制度。通常,这些国家比那些抵制变革的国家发展得要快。通过倡导互相依赖、放宽取得正规所有权的限制、减少由过时的法律条文造成的法律阻碍、使政府和立法机关接受现实,欧洲政治家们消除了法律和经济制度中的矛盾,因此使他们的国家做好准备去迎接工业革命的到来。

欧洲的历史状况和发展中国家、前共产主义国家的现实状况存在许多相似之处;因此说,后者所面临的基本问题不在于城市里塞满了人,不在于不充分的公共服务设施,不在于堆积如山的垃圾,不在于衣衫褴褛的街头乞儿,甚至也不在于宏

观经济改革计划的好处没有发挥到最大限度。历史上的欧洲(还有美国,我们将在下一章谈到)也面临着许多此类问题,但最终都被克服了。真正的问题在于,我们还没有认识到要解决所有这些难题需要进行全面的改革:随着穷人们拥入城市,订立各种不合法的社会契约,他们正在促使权力进行大规模的再分配。一旦发展中国家和前共产主义国家的政府承认了这一点,它们就能开始建立起一个稳定的根基,并在此基础之上研究出解决问题的有效方法;这样,它们就能赶上社会发展的浪潮,而不是被浪潮吞没。

因此,如果市场经济改革没有为发展中国家和前共产主义国家(这些地方的人口现在占全球人口的80%以上)带来预期的繁荣,那并不是因为这些国家的人民不熟悉市场,或者是市场排斥他们。在拉美,早在哥伦布(Columbus)漂洋过海出现在地平线上之前,人们就已经开始在市场上销售产品。2 000多年前在中东,耶稣基督把商人们赶出了神庙,因为他认为市场不应该属于人类。资本主义在这些国家失败的原因是由于孤立的、迷茫的、不合法的市场还没有融入一个有影响力的扩大化市场。它们所缺少的是一个能使资产进行互换、能建立起人们的责任制度、能在当地共识范围之外保障履行合同的所有权制度。

西方国家向资本主义的转变带给我们的主要启示是,西方国家的政权领导阶层的目的是要作出艰难的决定,建立起一套广泛的、合法的所有权制度,同时缓和工业革命所带来的种种令人紧张的负效应。它们必须区分什么是主要因素,什么因素能带来生产力,什么因素在长期过程中不可取消;它们必须平衡现实与将来的需要;它们必须区分受挫折者的痛苦

和大部分人所取得的进步，然后努力找到最好的方法，使所有权制度找到新的平衡点，同时还要把损失减少到最低限度。

当它们看到城镇、部落和家庭无法自给自足时，并没有失去信心。然而，它们还是模模糊糊地认识到，人们已经开始在从专业化的互相依赖中寻找解决问题的办法。它们还认识到，抛弃封闭的社会交往圈子所带来的大多数痛苦会非常激烈，而且亟须引起它们的注意——但这些痛苦最终还是次要性的现象。以解放者自居的人士领导着工业革命，领导着人权运动和广泛的所有权运动。它们认为自己是正在文明化的传统中的一部分，非常留意政治左派和右派的各种担心；但是，它们也认识到对变革的抵制是无法接受的，因为要求变革的呼唤来自于人民大众。它们没有让自己迷惑、停滞在有利于维持现状的行话和技术细节上，也没有失去前进的方向。

那时，人们很难关注社会中的现实问题，今天则更加困难，尤其是自从冷战结束之后，人们对"全盘计划"的兴趣已经全被收藏起来。意识形态上的战争应该到此为止。政府把力量转向局部问题：稳定货币、把基本设施实施私有化、打击黑手党和毒品走私贩、帮助穷人渡过微观信用危机、医药、避孕、城市规划以及其他值得称道的计划。但世界上没有足够的钱使每个穷人都能摆脱贫困，而解决的办法就是为穷人创造法律上的条件，使他们能够用自己的资产创造资本，自己摆脱贫困。

正是由于西方国家没有用更有成效的小手段，也没有用巨大的努力去帮助穷人，才推动了国家向前发展。在这一漫长的历史启蒙阶段，人们致力于解放人类的创造力，提高把经济潜能转化成可利用价值、改变我们所居住的世界的能力。

政府不可能再继续使用一个个特别的方法来逐一解决这些问题。我们必须尽努力去明白：我们所面临的问题也是更大的问题中的一部分。从前有个故事说，某人在街上掉了钱包，却在路灯四周找来找去。别人问他为什么在灯杆下找，他说："因为这里光线比较亮。"政府也不可能再继续扮演这个故事里的傻瓜。而今天，在第三世界国家和前共产主义国家，却有太多的官员还在灯杆下寻找答案。

政府关心贫困问题是件好事，但它们必须清醒过来面对现实：解决城市里的贫困和混乱问题的办法在于人们自己——正是人们自己在打破现状，也正是人们自己在渐渐地互相依赖。要成功地走完这一段路，人们需要一套所有权制度，使他们能够加入更为广泛的人际网络，并从中提取剩余价值。

这就需要进行法律变革。我们已经从这一章中了解到，这种情况以前曾经发生过。然而，弄清当时法律变革的准确方法主要是政治上的任务。在这个方面，我相信我们能从美国把不合法协定融入法律制度的成功经验中学到很多东西——这是下一章的主题。

注释：

① 指那些劳动条件差、工作时间长、工资低的工厂。——译者注

② 以太网：一种由美国 Xerox 公司、DEC 公司和 Intel 公司开发的局域数据通信网。建立该网的目的是把它视为分布式处理和办公室自动化应用方面的工业标准。——译者注

③《互联网的调查》，载 1995 年 7 月 1 日《经济学家》杂志，第 4～5 页。

④ 库里蒂巴：巴西东南部城市。——译者注

⑤ 加尔各答：印度东北部的港口城市。——译者注

⑥ 杰布·布朗特(Jeb Blount)，《拉美贸易》，载 1997 年 1 月 20 日《财务新闻》。

⑦ 埃默森(Emerson)和拉里斯(Laris),《外来人口》,载 1995 年 12 月 4 日《新闻周刊》。

⑧ 亨利·博尔德里克,《接触土耳其的自发定居点》,载 1996 年 4—6 月《世界银行政策》。

⑨《解决非法定居的问题》,载 1995 年 5 月 10 日《商业世界报》。

⑩《新闻周刊》,1998 年 3 月 23 日。

⑪《经济学家》,1998 年 6 月 6 日。

⑫ 埃尔-库雷(El-Kholei),《埃及的人口性别和住房》,第 23 页。

⑬ 杰布·布朗特,《拉美贸易》,载 1997 年 1 月 20 日《财务新闻》。

⑭ 小伦纳德·J·罗尔夫斯,《俄罗斯的土地私有权斗争》,载《现代经济改革》1996 年第 1 期。

⑮ 国家地理协会的官方报告《地图上的千禧年》,1998 年 10 月第 4 期。

⑯ 唐纳德·斯图尔特,《美国私有经济学会》杂志,1997 年 12 月。

⑰ 马特·莫菲特,《华尔街日报》,1997 年 1 月 30 日。

⑱ 1992 年世界银行报告,第 57 页。

⑲ 1993 年世界银行报告,第 11 页。

⑳ 西蒙·法斯,《海地的政治经济:戏剧化生存》第 14~15 页(美国新不伦瑞克交易出版社 1998 年)。

㉑ 阿迈德·M·索利曼(Ahmed M. Soliman),《把非正规住房合法化:埃及亚历山大市的低收入组织的住房》,载《环境与城市化发展》1996 年 4 月第 1 期第 8 卷,第 190~191 页。

㉒ 路透社消息,发表于 1992 年 5 月 11 日《财经评论》,第 45 页。

㉓ 马弗里·扎莱博(Mavery Zarembo),1997 年 7 月 7 日《新闻周刊》。

㉔《经济学家》,1994 年 3 月 5 日。

㉕《经济学家》,1995 年 5 月 6 日。

㉖ 简·德·弗里斯(Jan De Vries),《1600—1750 年危机时期的欧洲经济》(剑桥,剑桥大学出版社,1976 年);D·C·科尔曼,《重商主义的修正》(梅休因有限公司,1969 年);J·H·克拉彭(J. H. Clapham),《1815—1914 年法国和德国的经济发展》(剑桥,剑桥大学出版社,1963 年);赫克舍,《重商主义》。

㉗ D·C·科尔曼,《1450—1750 年的英国经济》,第 18~19 页(牛津大学出版社,1977 年)。

㉘ 出处同上,第 58～59 页。

㉙ 伊莱·赫克舍,《重商主义》,第 1 卷,第 323 页(伦敦,E·F·瑟德兰、乔治·艾伦和昂温,1934 年)。

㉚ 同上书,第 241 页。

㉛ 小罗伯特·B·埃克隆和罗伯特·托利森,《寻租社会中的重商主义》,第一章(得克萨斯 A&M 大学出版社,1981 年)。

㉜ 赫克舍,《重商主义》,第 1 卷,第 239～244 页。

㉝ 科尔曼,《英国经济》,第 74 页。

㉞ 同上书,《重商主义》,第 244 页。

㉟ 克拉彭,《法国和德国的经济发展》,第 323～325 页。

㊱ 约瑟夫·里德对自由与民主学会提交的第二份调查问卷所作的回答,见 1985 年自由与民主学会图书馆的备忘录;赫克舍,《重商主义》,第 1 卷,第 247 页和第 251 页。

㊲ 威尔逊(Wilson)和查尔斯(Charks),《重商主义》,第 27 页(伦敦,劳特利奇与基根·保罗出版社,1963 年)。

㊳ 胡格诺教派:16—18 世纪对法国新教徒的称呼,属加尔文宗。——编辑注

㊴ 科尔曼,《英国经济》,第 105 页。

第五章　美国历史上遗漏的经验教训

法律的本质不是逻辑，而是经验。

——美国联邦最高法院大法官
奥利弗·W·霍姆斯(1887年)

我对正规的所有权制度在经济发展中所发挥的作用越来越感兴趣，于是多次深入到发达国家，去研究所有权问题专家如何把不合法协定在社会中占主导地位这一现实转变为让所有的社会成员都接受同一个综合的合法所有权制度。经过13年的工作，行程几千英里，我又多了一点白头发，但我差不多已经访问了发达国家中每一个与所有权事务相关的组织——从皇家土地登记处、阿拉斯加土地署到日本的国土厅。令我深感失望的是，没人能给我提供答案。我询问过的所有专家以及我访问过的众多与所有权问题相关的机构中的专业人士都承认，他们从未遇到过我所提出的问题。

我很快认识到，在发达国家中管理所有权制度的人和我的着眼点在本质上完全不同。他们主要关注与所有权相关的事务，而我主要关心的不是所有权本身，而是从所有权引申出

来的问题——如何得到所有权，或者说，如何得到享有所有权的权利。换言之，我们在许多方面有共同的兴趣，例如如何重新建立保管所有权记录的机构，以便把从实际中得来的资料加入计算机数据库，或者如何开发把工作草图数字化的程序。然而，在我看来，这些问题还算不上发展中国家和前共产主义国家前进道路上的绊脚石，因为它们能够掌握这些技术。它们的困难在于要找到一个关键性因素，使那些根据不合法协定掌握资产的普通人能够进入合法的所有权制度。如何才能让人们得到享有合法所有权的权利呢？

从我读过的少量西方国家的历史中，我明显地看到，所有西方国家都在历史上的某一时刻进行了从分散的、不正规的协定向综合的合法所有权制度的转变。那么，我为什么不干脆深入到西方国家的历史中去了解它们的所有权制度的发展过程呢？我的东道主衷心赞同，皇家土地登记处、德国制图员和调查员组织的历史爱好者们向我推荐了他们最喜爱的历史书。

阅读历史让我得出一个基本的结论：向综合的合法所有权制度的转变与科学技术无关（但科学技术还是会起到至关重要的辅助作用，我们将会在第六章中看到这一点）。关键性的变革在于调整法律，使法律适应于大多数人的社会和经济需求。西方国家所有权制度的巨大成功之处在于，它们能够渐渐地承认产生于官方法律制度之外的社会契约是法律的一个合法来源，然后又找到了把这些社会契约纳入法律范围的方法。我想，正是这一点才为西方国家现存的所有权制度注入了活力。我研究过的所有事例中的另外一个有趣的地方是，领导了所有权制度革命的先行者们使法律服务于普遍范

围内的资本形成和经济增长过程——它们的成功在本质上是一场政治性的胜利。各国都有一些开明人士懂得,如果有很多人生活在某一法律制度之外,那么这个法律制度的存在就毫无意义。正是由于这些开明人士,西方国家才取得了所有权制度革命的成功。

研究过西欧、日本和美国的所有权制度的发展历程之后,我发现,对于发展中国家和前共产主义国家目前所处的困境来讲,这些国家的成功经验里全都有可借鉴之处;各个国家都有不同的传奇故事来阐明:表面上的不合法现象并非犯罪,而是社会底层的"立法部门"和社会上层的立法机关相互抵触,然后又渐渐地结合在一起。不过,展开所有相关细节,细述这些国家历史上的异同点,对本书来讲内容太多。因此,我决定把重点放在美国,因为许多发展中国家和前共产主义国家的情况都和美国150多年前的情况大致相同。那时,美国也是一个发展中国家,刚成立的政府和司法部门还没有从法律制度上联系在一起,却一直在努力应付由移民、不合法居民、淘金者、武装匪徒、非法企业家以及其他各种人制定出来的"法律"以及他们混乱无序的状况;这些各式各样的人使美国西部的定居生活变得非常野蛮——只有从事后来看,当时的生活才称得上浪漫。对于我这样一个第三世界的国民来说,这幅异域风光熟悉得令人震惊。我和我的同事们很难在道·琼斯指数已经达到11 000点的当代美国看到自己的影子,但置身于托马斯·杰斐逊(Thomas Jefferson)的《弗吉尼亚》的不合法居民当中或者丹尼尔·布恩(Daniel Boone)的《肯塔基》的小木屋里,我们却觉得非常自在。

就像今天第三世界国家的政府一样,当时的美国政府也

试图阻止不合法居民和不合法协定的快速蔓延;但与之不同的是,美国政府最终承认——用一位国会议员的话来说就是——"旧的土地制度基本上被打破了……我们不是在为他们制定法律,而是在他们向落基山脉或者太平洋方向寻求发展时,跟在他们的身后弥补法律缺陷。"正如弗朗西斯·菲尔布里克(Francis Phibrick)所说,美国的政治家们渐渐懂得,"大规模改变法律的力量存在于法律制度之外"[①]。颇负盛名的1862年《宅地法》允许定居者可以免费拥有160英亩的土地,但他必须同意在土地上定居和开发土地;我们的研究表明,与其说这是一个彰显当局的宽宏大量的法案,不如说是政府对政治既成事实的承认:新生的美国人已经在不合法协定的基础上,在土地上定居生活了几十年,也使土地的价值得以提高。政治家们渐渐地认同了这些现实状况,并把移民们纳入官方的法律制度,同时在讨价还价之中赢得了一些政治资本。无论美国官员们有多么不清醒或者多么自私,他们还是修改了法律以容纳现实中的不合法协定,使定居者和矿工们的资产首先被转换成资本。

这类历史资料正是我一直在寻找的东西。我相信,会有许多美国历史学家要对我在本章中所讲到的每个有关美国所有权制度发展的故事展开争论,但那不是我要讨论的内容。我并不打算重写美国历史,只不过是要对其进行研究探索。我认为,我已经从美国法律逐渐吸纳不合法协定的发展道路上发现了许多闪光点;我也证实了霍姆斯(Holmes)大法官的观点:"经验"为法律注入了生命;法律保持活力的途径就在于同社会契约保持联系。

我打算在这一章中公开我的发现。但是,为了避免重新

诠释或曲解历史学家们所发表的言论,我从他们的文章中大量地引文摘句,努力让他们用自己的话表明他们自己的观点。今天的第三世界国家和前共产主义国家要明白,它们在开始为穷人提供资本时所面临的挑战是一项政治任务;我认为,向美国在法律制度改革上的成功经验和失败教训学习,是它们掌握明白这一道理所需的思想体系的最好途径。

第一部分 在美国历史上

在发展中国家和前共产主义国家,人们普遍缺少对其所掌握的资产的合法所有权——从历史上来看,这种现象并非只出现在他们身上。美国历史上充满了类似的事例:大规模的人口迁移、不合法活动的高涨、政治局势动荡不安、人们拒绝承认对陈旧过时的法律制度,不满其条款、原则已经和现实世界脱节。

然而,从这些事例中吸取教训并非只是简单地把你自己融入到美国的历史中。似乎很少有人能通过不加选择地通读图书馆中的美国历史书籍,来理解不合法现象所带来的压力和它所引起的政治反应的重要性。就连最具有改革头脑的政治家和技术统治论者也不能很轻易地准确查明美国历史上最值得他们关注的内容,即把所有权合法化和为创造资本准备条件之间的联系。历史学家保罗·汤普森(Paul Thompson)提醒我们说:“所有历史都依赖于它的社会意图。”[2]为了发挥历史在社会和政治上的作用,人们必须对历史加以组织,使其能够用来阐明身边正出现的问题。此外,所有权制度问题专家基本上也没有把注意力放在从不合法的所有权制度向综合的

合法所有权制度转变的过程上。我认为，其原因可能有以下几点。

第一个可能的原因是，学者们没有足够的时间去考虑前辈们可能采取什么样的手段来创造出完善的所有权制度，并使其充分地综合穷人的资产。毕竟，和大众普遍持有的看法相反，向全体国民开放的所有权制度是近代才出现的一种现象，其历史不超过200年。在大多数西方国家，广泛的所有权制度改革的主要工作大约在一个世纪前才完成；日本则是在不到50年前才完成。既然综合的所有权制度的创立更有可能是无意识发展出来的结果，而不是有意识地规划出来的，那么，发展中国家的国民还需要一些时间才能理解发达国家历史上所有权制度的建立过程中的所有含义和经验——这并不奇怪。指望发达国家的学者们在这个问题上再投入更多的时间对他们也不公平。他们在解决了有关向合法所有权制度转变的问题之后，也许没想到还有必要再根据目前其他国家普遍的类似情况来解释这场转变中的具体细节。

第二个可能的原因是，所有权问题是从发达国家的角度来进行考虑的。目前所涌现出的大多数关于所有权的著作，要么把所有权的起源看成是天经地义的一件事，要么把第三世界国家和前共产主义国家在创立正规的所有权制度的过程中所遇到的困难归因于尚需论证的“文化差异”。

正规所有权制度的创立过程难以掌握的第三个原因在于，人们把所有权制度的创立同其他现象分离开来，这就很难掌握所有权制度的发展脉络。由于社会实践、风俗习惯和各种不正规的标准被慢慢地纳入正规法律，西方国家向综合的合法所有权制度的转变曾进行了很长一段时间。

所有权制度的正规化过程被忽视的第四个原因是，不合法居民强烈要求把祖传土地、受封得来的土地和其他公共财产纳入正规的所有权制度，而社会对此作出的反应被其他历史事件掩盖住了。在美国，把正规的财产所有权授予开荒的农民和不合法居民，通常被看成是一种政治策略，用于激发起美国发展成为庞大帝国的信心，帮助先驱者开发巨大的人力资源和自然资源，缓和社会紧张局势；这种做法最终也为在扩大化市场中进行资本创造和处理交易奠定了基础。美国政府在克服法律制度与不合法居民和其他先驱们所制定的不合法协定之间的冲突时，使不合法居民拥有正规所有权的这种做法也可能已经导致了革命性时刻的到来——但这不是所有权问题专家们的主要着眼点。

请允许我再强调一遍，我并不打算在本章中重新书写美国历史，而是要用一种叙述的方式带领读者简单地浏览一下美国的历史。这种叙述方式会帮助我们懂得，发展中国家和前共产主义国家表面上的无序状态实际上是在找寻一种新的法律秩序。我确信，这些国家的成功取决于政治家们的想像力和他们理解现实并推行必要的改革的能力。

美国历史上的经验

今天，人们关心的是效仿美国包罗万千的所有权法律，但很少有人深入思考其根源——这可以理解。在美国的所有权制度中，所有权的形式相当灵活多变，并且能够不断地包容新的协定和广泛的公开参与——这是因为所有权制度的存在基础决定了以上情况能够变成现实。美国人因此认为这一基础无可挑剔。[3]18 世纪和 19 世纪是美国历史上的关键时期；正

是在这一时期，美国决定通过把在大规模人口迁移中产生的各种受欢迎的规则纳入法律，使法律为大众服务。从新成长起来的美国的森林和田野上，由移民们制定的各种不合法的"法律"被纳入了法律全书——我正是要关注这一变化，以此表明它对建立起有助于创造资本的所有权制度的重要性。

● 人口迁移

我们从第二章中看到，在第三世界国家，大规模的人口迁移为法律制度带来了巨大的压力。在美国早期历史上，情况也是如此。从1620年到1860年，英属北美殖民地（即后来的美国）的移民人口从5 000人左右发展到超过了3 000万人。在这一时期形成三种趋势：人口的快速增长（人口数量每20年就增加1倍）、人口向国家最早的边境及边境以外迁移以及工业化城镇的不断发展。[④]1830年的时候，四分之一强的美国人口居住在阿巴拉契亚山脉以西；仅仅20年之后，这个数字差不多接近美国人口的50%。大西洋沿岸的许多州因此失去了巨大的人力资源和自然资源。根据一份资料，南北卡罗来纳州"由于人口迁移所失去的人口数量，几乎相当于两州通过人口自然增长所得到的人口数量，因此两州人口数量的增长差不多陷于停滞。佛蒙特州和新罕布什尔州的情况也是一样。这两个州的许多村镇完全无人居住，房屋和谷仓开始腐烂，因为人们全都分散到各地去寻求更好的生活了。"[⑤]

移民们经常发现自己和错综复杂的法律制度格格不入。在政府看来，大多数移民不过是公共领地上的"不合法居民"，是"闯入者"。这些移民非常贫穷，无法在土地上合法定居，只得被迫在别的地方生活。因此，他们经常定居在最艰苦、最无法忍受的环境中。但他们充满了进取心，最终能克服极大的

困难生存下来并获取成功。盐湖城就是由逃避残酷迫害的摩门教徒建立起来的——“一线文明紧紧地挨着山岭地区,另外三面则受到沙漠无情的威胁。”

> 比城市本身更让人震惊的是,自从布里格姆·扬(Brigham Young)带领一群被社会抛弃的可怜人来到日渐干涸的沙漠的旧沙床上开始,盐湖城不过才出现了134年。当时,扬曾宣告:“我们就住在这个地方。”这个地方?那群人中肯定有人认为扬已经被2 000英里的艰难旅程折磨得精神失常了。然而,刚刚完成这一艰苦之旅不到几个小时,摩门教的教徒们就开始在从沃萨奇岭流出的小河边上开凿沟渠,把水引入周边的沙漠,希望能把沙漠变成哺育他们的耕地……自在克里克城边挖出第一锹土的56年之后,摩门教徒在若干个州内总共拥有600万英亩水耕田或半水耕田。1902年,美国政府在摩门教“法律”的指导下,以摩门教徒的经验为基础着手推行水耕田发展计划,并且大都由摩门教徒进行管理。⑤

正如盐湖城的历史所表明的那样,移民们不仅仅改变了自然界的外观,而且还改变了社会制度和政治的全貌。

像摩门教徒一样,其他移民组织也拿起铁锨,开创新的生活。有些人想定居,有些人只想作短暂的停留,还有些人则希望能快速地收获劳动成果。面对这些要求,移民们认识到规

章制度对于在迥异的生活中维持秩序非常重要。不幸的是，政府制定的法律往往无法为他们提供多少相应的指导，或者相当不适用于他们面临的现实状况。移民们别无选择，只能把英美两国的法律传统和他们自己的常识融会在一起，开始制定属于他们自己的“法律”——特别是有关所有权问题的“法律”。结果就出现了两种法律和经济制度中的“既定所有权的大集合”⑦——其中一种制度是编纂起来写在法令全书里，另一种制度则在实践中发挥作用。因此，在美国的双重法律和经济制度下，大多数财产所有权和所有权协定开始由不合法的“法律”所决定。

新生的美国人在18、19世纪时期的迁移已经导致了所有权法律的革命。在我们看来，这场变革中最具有重要意义的之处是，在这一时期，移民们不受法律支配的所有权协定不断发展，成为对美国羽翼未丰的法律制度的主要挑战。

破坏法律

从1785年到1890年，美国国会粗浅地根据杰斐逊主义者“主权在民”的理想，通过了500多个不同的土地法案。然而，与这些法案相关的复杂手续经常会阻碍这一理想的实现。个别州甚至制定出它们自己的关于所有权和土地分配的规章制度，极大程度地帮助和保护了有财产的特权人士，结果使形势更加混乱。美国此时的所有权制度非常呆板，法律条文烦琐、过时，变成了移民们保护和稳定其财产所有权的主要绊脚石；这些移民于是脱离官方的法律制度，成为“不受法律管辖的不合法居民”。

此外，美国所谓的处女地“并非无人居住，而是被人合法

地占据着。重新分配这些土地需要废除印第安人的领土要求并赶走印第安人——这个过程并不简单"[8]。当地的"居民本身并不是惟一的复杂因素;美国在获得原先属于法国和西班牙的土地之后,那些早先时候根据其他国家的法律制度而提出的土地权利要求加剧了法律上的混乱状况"[9]。美国的所有权政策也"受到了早期被派来执行这些政策的'劣等政客'的严重阻碍。他们无能、迟钝、贪污腐败,疏于公共事务,忙着从事土地、铁路和城镇地块的投机买卖,中饱私囊"[10]。然而,贪污腐败和无能并非只限于政客。在整个19世纪,"到处都有人蔑视法律,密谋策划,雇佣他人对公共领地提出所有权要求,然后为被雇人员提供用于在土地拍卖之后购买土地所有权的土地证书。这些被雇佣的傀儡随意地发伪誓,并签署声明说他并不代表任何人,只是想获得土地供他个人使用。"[11]

其后果毫不令人惊讶:所有权法案的执行在美国引发了大量纠纷——"这是杰斐逊主义者的理想中所没预见到的。"[12]美国所有权制度的问题甚至惹恼了国家的最高法律部门。19世纪20年代,美国联邦最高法院大法官约瑟夫·斯托里(Story)写道:"也许还要过很多年,由所有权法案引起的诉讼才会结束……因为这种法案永远不为人所熟悉。它采用了一种特别的'方言',就像某些外国法学一样还有待探索和研究。"[13]斯托里大法官的言词之中不乏嘲讽;他也承认,美国"不是一个古老的保守社会,而是一个法律范畴内的新国家"[14]。

焚烧乔治·华盛顿的农场

早在政府赋予他们相应的权力之前,移民们就在边疆定

居、开垦土地、建造房屋、转让土地和建立信用。然而，当局始终认为，尽管这些移民们有进取心，但他们正在公然违背法律。政府于是开始采取行动，把越境的不合法居民从公共和私有土地上驱逐出去。可以想见，这就掀起了一股对法律制度的仇视。

19 世纪初期，缅因州的一位律师评论说："不合法居民的性格中最显著的特征是对法律抱有激烈的、不可平息的仇恨。他们最不喜欢的县治安官及其官员注定会成为这股仇恨的受害者；死刑判决书和驱逐令也不会再让移民们感到害怕。他们宣称，律师这一职业必须取消，法律必须被根除，而他们的办公室则应该被烧成灰。"[15]此外，不合法居民的不满决非孤立无助或者仅仅局限于边疆地区，他们的怒火甚至威胁到了"国父"，即美国的第一任总统。当乔治·华盛顿试图把不合法居民从他在弗吉尼亚的农场上赶走的时候，他的律师警告说："如果他胜诉，移民们可能会烧掉他的谷仓和篱笆。"[16]

不过，尽管移民们非常贫穷而且仇视政府，但他们大体上还是平和的。用一位历史学家的话来说就是，"不合法居民（和其他美国公民一样）具有高尚的品德……他们只是受到了植根于人民主权论中的、强烈的自然法权观念的激励"[17]。他们也渴望拥有法律和秩序。约翰·菲利普·里德（John Phillip Reid）指出，移民们在穿越美洲大陆时，"丝毫没想到用暴力或者偷窃来解决问题。我们知道，他们有些人用长蛆的死牛肉作食物，而他们本可以射杀周围随处可见的健康牲口……如果他们乞讨不到食物，他们就去借；如果借不到，他们就依靠自己的信用。"[18]

所以说，人们对"蛮荒西部"的普遍看法并非总是像传说

中那样野蛮。相反,移民们受到了为财产增加价值的能力的影响,认为法律应当承认他们的劳动价值,认为他们创造出的剩余价值使他们的权利要求具有了合法性。于是,他们"坚持认为,是他们的劳动、而不是什么正式的书面所有权文件或是随意划定的边界线,才为土地带来了价值和建立起固定的所有权"[19]。许多移民"假定某些法律原则是不可更改的;只有当法律和他们的权利产生分歧的时候,他们才对当局发起挑战"[20]。因此,他们团结起来维护他们关于土地的不合法协定——他们生活在这片土地上,也正是由于他们的劳动才使土地的价值得以提高。

众多的不合法管辖权限

保护不合法居民的财产所有权的组织不断增多。单单在加利福尼亚,在 1849 年发现黄金之后的几年里,"就出现了 800 多个分离的、非正式'司法'管辖区,每个管辖区都有自己的章程"[21]。早在 18 世纪中期的佛蒙特州,一群群不合法居民用下列方式建立起他们自己的城镇:"几个相互独立的不合法居民占据一块土地,建造小屋。后来,当集合起足够多的人数时——通常大约 30 人左右——他们就会把一份宪章送到纽约,要求承认这片土地归他们所有;他们的请求通常会被批准。"[22]

移民们会形成共识来保护他们对土地所提出的权利要求,结果"在移民中间形成了根据共同的认可和共同的需要而产生的习惯法"[23]。当时有人强调说,"这些组织是人们在互相帮助中形成的,用以互相支持和保护对方所要求的权利……尽管这种'权利要求法案'不是由国家制定的,也不是

来自法令全书，但它确实是一项法律。这项法律源于人们自己，由人们自己制定；它的命令同时也具有强制性。”[24]

不合法居民们似乎并不想彻底更换现行的法律制度。他们的不合法协定主要用做向尊重法律的方向发展的道路上的临时过渡。某一定居者组织的章程清楚地表明，“组织起来的居民们相信政府会采取措施保障他们的权利要求；因此，居民组织仅仅是暂时性的权宜之计”[25]。在建立这些临时性组织，从组织之外的人手中获取、扩展和保护他们非正式的所有权的过程中，居民们认识到了建立不合法协定的必要性，以此使他们希望获得的正式权利在文字上具体化。

和“渴望得到土地的人”和平相处

在美国，从凌驾于法律之上到尊重法律的转变并非总是有意识地实现的。综观 18、19 世纪，美国的律师、法官和议员们可能根本没有意识到，所有权的概念正在他们眼皮底下发生引人注目的变化。一位评论家指出，律师和法官们“没能跳出应用法律政策的具体事务；他们也没有努力去检查和重新定义政策本身”[26]。同样，在政治家中间，也没有“在全国范围或州范围内，最小限度地对政策有重点地进行连续的公开反省……国家针对本质上属于公众所担心的事务而制定的决策分散在众多的市场决策中。这种现象出现得相当早，也非常全面，甚至没有一家公共机构曾试图从总体上对其进行考虑”。[27]国会也不急于修订或重新制定已经批准生效的复杂的公共土地法案。

不过，确实有个别政治家从各方面对移民们的不合法协定作出了反应。可以想见，有些人只是简单地通过驱逐、烧毁

移民们的房屋、破坏他们开垦出来的土地，来打击移民们不合法的规章制度。但更多精明的政治家们懂得，“除非和这些决心得到土地的移民达成某种妥协，否则国家就会不可避免地失去大笔收入——因为这些移民不可能被赶走。”[28]这些官员“对自己无力制止的许多行为采取默许或承认的态度”[29]。在有些情况下，政治家们最后还清楚地认识到，“为了对土地进行系统化的管理”，政府需要“采取暂时性的权宜之计，例如减免部分居民的债务和平息各式各样的疆域上的土地所有权纠纷”[30]。

通过这些措施，美国的政治家们似乎已经迈出了把移民们的不合法所有权纳入正规的政策和法律的第一步。因此，把所有权授予正在积累资产的移民，就是承认他们在土地上所付出的劳动。在这个过程中，政府模模糊糊地开始意识到根据所有权创造剩余价值的重要性。其结果是，在美国经济发展的关键时刻，不合法所有权的拥有者开始以各种方式推动法律变革和司法创新。这场转变非常重要。更有意义的是，这一转变产生于社会的最底层。

是不法行为，还是法律制度上的冲突？

在18、19世纪，成千上万美国人在正规法律的范围之外开展经营。但是，有一位美国历史学家提出了疑问：“在被历史学家们认为是不法行为的现象中，有多少行为真正代表了本质上无法互相调和的法律原则之间的冲突？”[31]因此，部分人所说的“不法行为”也许只是社会底层的“立法”和社会高层的立法之间的抵触。社会底层的人根本不是罪犯；他们组织社区、建立学校、修建房屋、销售土地。最重要的是，移民们

“对无效、过时的正规法律制度进行了修改，使之更具灵活性，更加适应于当地的现实状况”[32]。他们对法律的“修改”变成了国家事务；用另一位历史学家的话来说，“这只是因为他们在面对国家制定的所有权法律的时候，采取了反对的态度”[33]。

在这里，对发展中国家和前共产主义国家的教育意义是，美国人开始一点点地认识到真正的罪犯和不合法居民之间的差别。经过相当长的一段时间，美国人最终明白，尽管他们的法律制度在书面上显得很优雅，而且还结合了最优秀的法律传统，“但土地制度从未和美国人获取土地的实际方式彻底吻合”[34]。结果，“移民们创造出不合法的修正方法来调和他们面临的现实状况和法律设想的状况之间的各种矛盾”[35]。美国政府无法继续打击这些不合法的“法律”，也不能视而不见，于是开始努力将其纳入正规的法律制度。

这种心态的转变在“优先权”原则中看得最清楚——“美国法律用‘优先权’这个词来表示，在把某一块公共土地卖给普通大众之前，在这块土地上不合法定居的人有权购买这块土地”[36]——国会在 19 世纪上半叶所制定的各种法律都确认了这一原则。因此，美国的法律制度“是从实际存在的社会团体之间及其内部的社会与经济的相互关系结构中发展出来的……法律一方面从整个社会的结构和习惯中向上发展，一方面从社会统治者的政策和价值观向下延伸。法律有助于把二者结合在一起”。[37]无论“人们如何理解美国所有权制度的早期发展历史，不同的法律来源显然影响了法律的概念”。[38]不合法的社会部门发挥了基本作用。

推行专属于白人的所有权

为了避免对历史的错误理解和偏见，我们必须指出，在美国所有权制度的发展历史上，从不合法向合法的转变还是带来了具有一定危害性的后果。美国的领土有些是从殖民地发展而来的，有些是美国从其他国家手中抢来的；在这些地方定居的各种不同的人口迅速开始了对社会资源和团体地位的竞争。结果，企业家的地位以及市场和资本的发展“带来了不同种族之间的激烈冲突：印第安人、欧洲人、墨西哥人、非洲人、中国人和日本人”[39]。在和印第安人的战争中，围绕着美国土地政策的所有权制度开始形成。19世纪下半叶，美国政府和印第安人之间爆发了三场战争：1872—1873年在加利福尼亚-内华达边境上的莫多克战争；1854—1890年在达科他、内布拉斯加、蒙大拿、怀俄明等地的苏族战争；1881—1900年间在亚利桑那和新墨西哥的阿巴契之战。这些战争毋庸置疑地在美国人的生活和文化上留下了痕迹。事实上，在一些有思想的评论家看来，“小大角羊”、“沙河”和“受伤的膝盖”等遗迹，“坐着的公牛”、“疯马”[40]和杰罗尼摩的让位，以及美国印第安人事务署执行的同化计划都在某种程度上表明，宅地法案“是一种手段，用于在有争议的领土上推行专属于白人的所有权”[41]。

在美国，“种族关系等同于所有权的分配、使所有权发挥生产力的劳动和资本的运用，以及利润的分配”[42]。在这一过程中，政治家和移民们结合在一起，排斥、忽视和牺牲少数民族的权利。19世纪后期的平民主义运动也许可以被看做一个事例，表明工人阶层对不合法社会部门内移民和黑人劳工

的新一轮增长浪潮的不满再次复苏。“平民主义论者和保守的民主党人都无法控制黑人选票;他们一致同意借助国家宪法修正案把黑人彻底排斥在选举之外,借此可以只让白人赢得选举(和所有权)。”[43]因此说,在18、19世纪的美国,所有权的发展经历了一场相当大的转变,但有充足的事例表明少数民族并不是这场转变的主要受益者之一。

使美国人的资产可以互换

詹姆斯·威拉德·赫斯特(James Willard Hurst)曾经辩论说,19世纪时美国法律制度的发展通过建立可交易项目,对促进经济增长起到了帮助作用。例如,“无条件继承权可以方便地转移所有权……公司可以自由地以股票和债券的形式大量地增加可交易的货物……反对永久权和储蓄法的规章制度同所有权协定发生了冲突,因为所有权协定无限期地束缚住了所有权文件,使所有权无法转移。”[44]因此,19世纪时美国法律变革和司法创新的历史似乎使下面的论点具有了可信性,即:如果政府不把人们的众多不合法协定纳入法律制度,就不可能实现经济增长。

在19世纪初期,美国借助一个分散、琐碎、互不关联的系统,来整理关于所有权和管理所有权的规章制度的资料。人们当然通常也就只能在农场或城市定居点的基本分类目录、个人笔记、非正式章程或者口头宣誓誓词中找到这类资料。同今天的发展中国家和前共产主义国家里的情况一样,大多数有关所有权的资料只和当地社区联系在一起,而相关的管理条例无法借助协调的系统化表述网络使任何人在任何时间都可以查找到关于所有权的资料。尽管美国官员们可能没有

认识到这一点，他们还是建立起了全国性的法律——例如优先权法案和采矿法案——迅速地把所有分散孤立的所有权数据融入到新的正规所有权制度中。

结果是，美国人无需再接近资产或者同资产发生直接、实在的接触，就可以获得关于该资产的经济和社会价值的描述；他们也无需再为购买土地而花费大量的钱做城际或州际旅行。逐渐完善的正规所有权制度为美国人提供了使扩大化市场发挥作用所需的全部必要资料。例如，房屋现在可以用所有权文件来表述，使整个国家和整个世界都可以知道谁是屋主、与这所房子相联的种种权利又是什么。重要的是，广泛的正规所有权文件的出现使美国人可以把他们的财产从小型的、分散的范围转入世界范围内的扩大化市场。

在18、19世纪，法学家、政治家和移民们争先恐后地去定义所有权的法律属性。在某种意义上，"就出现了两种互不相让的所有权概念：一种概念与经济发展相联系，强调所有权动态的一面；另一种概念与所有权在快速变化中的安全性相联系，强调其静态的一面。"[15]

这基本上就是一场所有权的革命，大多数不合法居民和矿工都是积极的、精力充沛的、有表达能力的革命者，是他们发起了这场革命。重要的是，移民们间接地迫使美国政治家和法学家跳出了英国习惯法的范例。"尽管美国和英国使用同一种语言，但在美国，关于所有权的经验理论和所有权的指代物已经发生了巨大变化，'所有权'一词的意义和用法注定完全不同于英国用法。"[16]最终，在美国，开始出现了一种由不合法协定和成文法律融合而成的、具有实用性的所有权制度，为美国的经济发展增添了动力。

对第三世界国家和前共产主义国家的重要意义

尽管美国和第三世界国家、前共产主义国家之间有重大差别，我认为，美国 18、19 世纪时所有权制度的发展历史表明，第三世界国家和前共产主义国家还是可以从美国在融合不合法的和正规的所有权制度时所产生的分歧和压力上学到很多东西，并借此把整个国家纳入一个大规模的、拥有资本创造力的市场经济。美国的成功经验只是证明了霍姆斯大法官的看法，即“法律的本质不是逻辑，而是经验”。在所有权法律的发展道路上，不合法居民的发展引发了一场革命，一场依法进行的革命。美国的立法者采取多种方式，在松散的不合法协定的基础上，创造出一套全新的正规所有权制度；绝大多数美国公民都能享有并适应这套制度。

这并不是说，发展中国家和前共产主义国家应当盲目地模仿美国的转变。事实上，它们应当小心谨慎地避免美国经验中的许多负面影响。但是，正如我们已经看到的那样，发展中国家和前共产主义国家还是能从中学到许多东西。主要的经验教训是，假装这些不合法协定不存在、或者不采取策略把它们纳入法律部门就试图将其废除是傻瓜的行为；而发展中国家的情况却正是如此——我们在第二章中看到，发展中国家和前共产主义国家的大多数人口目前都处于不合法的社会部门，掌握着上万亿美元的僵化资产。不管有多么勉强、多么不情愿，美国政府还是逐渐地使自己和现实趋于妥协。

在本章的下一个部分，我将更加详细地分析美国如何面对这些现实及其理由，我还要更加仔细地研究以下几个方面的问题：(1)在英国北美殖民地以及后来的美利坚合众国里，

非正规现象的出现;(2)在北美移民们中,不合法定居现象的增长;(3)政府为限制不合法居民的财产所有权所做的努力;(4)正规法律的代价;(5)保护非正规权利的组织的出现及其结构;(6)非正规现象对政治家们日益增长的影响;(7)美国政治家如何通过运用优先权法案和采矿法,把非正规组织融入美国新的正规法律制度。

第二部分:向普及的资本主义法的转变

抛弃陈旧过时的英国法律

西欧人于16世纪开始向南北美洲发展,引发了一场史无前例的移民运动;历史学家伯纳德·贝林(Bernard Bailyn)称之为"有记录的历史上的最重大事件之一"[47]。根据贝林的文章,在英属北美殖民地,"一群饥寒交迫、精疲力竭、忧心忡忡的男男女女……集中在大西洋西岸,凝视着被浓密的森林覆盖着的荒野。他们手握老式的大口径短枪,捧着《圣经》,肯定有人已经想起了被他们抛在身后的世界。"[48]

在多数对旧世界的回忆中,处于中心地位的是如何建立和重建社区、解决纠纷、获取土地、成立政府部门。这些行动不可避免地会引起冲突,而法律制度在解决这些冲突的过程中发挥着显著的作用。的确,"由于第一届殖民政府是在合法的文件和宪章的基础上建立起来的,法律应用于早期的美洲各地……殖民地经济在规范价格、工资和产品质量的法律下进行运转。法律使人们掌握了销售土地或把土地馈赠给他人的办法,为人们提供了一个解决篱笆破损、牧畜迷路等争议的

场所;它甚至还教育人们如何做礼拜、结婚、抚养孩子、对待仆人和邻居。”[49]

然而,大多数殖民者并不理解英国法律中的技术性问题。许多人不知道甚至根本不想知道法律文件之间的差别、法律和平等以及其他细微之处。尽管他们不懂英国法律,他们还是接受了英国的统治,屈服于“甚至在英国也已经过时的法律条文”[50]。在从政治自治到土地的使用和分配等事务,殖民者开始明显地背离已经基本上不符合殖民地生活现实的英国法律。彼得·查尔斯·霍弗(Peter Charles Hoffer)强调说:“在理论上,这些移民属于英国国王个人领地上的一部分(而且全都要服从于他的法律),但现实优先于理论。由于殖民地远离英国、人烟稀少、自然资源丰富,占据着这片土地的又是一群清楚自己的思想、掌握了讨价还价的本钱的男男女女,因此,殖民地慢慢地向自治政府发展。”[51]

在财产所有权领域内的问题上,英国的习惯法通常不适于处理由人口迁移和殖民运动所造成的意想不到的问题。特别值得注意的是,英属北美殖民地土地辽阔,给第一批移民带来了他们在欧洲不曾想到的大量机遇。“美洲大陆上的大部分土地天生就便于开垦,或者已经被印第安人开垦出来;英国人(和其他欧洲人)一踏上这块土地,就忙着分配新的财富资源……结果,人们轻率地忽略了对细节问题的认真关注。他们能容忍土地分配和土地记录上的不精确之处,几乎并不关心有秩序的发展计划;而殖民地当局原本期望人们会遵从这一计划。”[52]当然,不是所有的土地都很肥沃,被印第安人开垦出来的土地也不能很轻易地维持农民们的生计。结果,早期的美洲移民“需要的不仅仅是‘土地’;他们需要排水情况良好

的土地用于开垦,需要开阔的草原为牲畜提供饲料"[⑬]。美洲移民们在寻求这样的土地的时候,经常随意地迁移、跨越疆界、耕种土地、建造房屋——然后又将其全部抛弃,迁到更肥沃的土地上。

这种情况使所有权制度充满了大量的可变性和不合法性。戴维·托马斯·康尼格(David Thomas Konig)在分析马萨诸塞殖民地的法律变革时,大致描述了加剧人口迁移的官僚主义和技术性失误的情况。例如,在殖民地时期的前几十年里,马萨诸塞缺少便于应用的正规所有权制度基础,用于对英国控制下的土地进行测量和绘图。根据康尼格所言,马萨诸塞的土地制度中的分歧和不规范现象,至少部分归因于缺乏统一的测量制度。诚然,在整个马萨诸塞地区,殖民当局经常无法就划分土地的方法达成共识。"例如,在划分地块时应采用直线还是根据自然地理特征,人们达不成一致意见。"某个殖民者"在权利宣读时,以为他获得的300英亩土地呈长方形;但令人沮丧的是,他后来发现他隔壁镇上的邻居的地块是圆形的,这块圆形土地有一个弧从他的土地上划过"。土地测量程序上的技术不足也加剧了不确定性和混乱状况。康尼格指出,在北美,由于人们难以弥补子午线的变化,通常会造成互相重叠的所有权要求——直到1763年时,约翰·温思罗普四世(John Winthrop Ⅳ)才设计出一张土地测量变化表。[⑬]

从英国统治下取得政治上的独立并没有使前殖民地从个体上或者使整个新国家从整体上解决土地和人口迁移的问题。事实上,越过阿巴拉契亚山脉的人口迁移浪潮使对在美国西部定居和发展所存在的激烈争论发生了分化。移民们经常侵入印第安人的领地,却又想得到印第安人的保护;他们还

想通过场外交易出售多余的农作物，让法院承认他们对已获得的土地的所有权。[56]

不幸的是，随着美国从附庸的殖民地转变为一个自由的主权国家，移民们的多数要求和希望没有引起重视。事实上，在19世纪初期，美国的所有权制度尚处于混乱状态。现行的所有权法案和充满敌意的立法者加剧了移民们正面临着的危机。保罗·盖茨(Paul Gates)对弗吉尼亚和肯塔基的不合法居民和土地法案进行了初步研究；他在文章中说，正规的法律制度造成“诉讼费用不断增长——这些诉讼包括宣布所有权文件无效、排斥申请同一权利的竞争对手、保护土地免受侵犯和掠夺”。从此，正规法律制度的不充分性，再加上“法院费用和高息借贷”，“成为对投资安全性的长期威胁，使诉讼人处于持续的不安之中。”[57]

实际上，在弗吉尼亚和肯塔基这样的州里，居民们“通常要和若干个土地所有人洽谈土地所有权的问题；甚至在他们买下土地并提高其价值之后，也很可能会有人利用优先权原则将他们驱逐出去。”[58]可以想见，时常定居在这类土地上的移民并不拥有土地的正规所有权。1802年，一位外国游客在游历肯塔基的时候指出，他所停留过的每所房屋的屋主都会对邻居的财产所有权的公正性表示怀疑。[59]

尝试进行土地分配制度的改革只会加重土地和所有权问题的困难程度，同时还会使移民们非常担心会失去本来可以获得的、表面上的土地所有权。一位现代评论家在评论肯塔基的土地改革时强调说：“很多居民借助这种混乱状况保障土地的安全……(因此)许多人不敢坚持他们的权利，害怕会被强迫交纳数量可观的保证金。”[60]在18世纪和19世纪初期，

"旧的问题解决之后,新问题又出现了。对所有权的确认一直存在着困难,因为所有权已经变成一个更加难以理解的模糊概念,如同被废除了的权限法案一样令人恼火和难以驾驭。"[61]很简单,美国的法律制度基本上已经不能有效处理发展中的移民人口问题。

在这种混乱状况下,移民们继续在边疆地区定居。1848年1月24日,詹姆斯·马歇尔(James Marshall)和一群印第安人、摩门教徒在亚美利加河沿岸发现了黄金。尽管矿工们宣誓保守秘密,但没过4个月,旧金山的报纸就刊载了这一发现。这一发现"可能引发了历史上规模最大的一场自发的人口迁移浪潮,人们冲向加利福尼亚去淘金"[62]。其直接后果具有深远的意义。"农民们扔下犁耙,士兵和水手们纷纷开小差,店主们放下业务。旧金山在一夜之间变成了空城。"[63]不到一年,加利福尼亚就出现了10万名矿工;两年后,这个数字几乎翻了3倍。

如同定居在美国其他地方的移民一样,冲到加利福尼亚的移民们发现有成百上千的人声称对他们踏上的土地拥有权利。在"淘金热"的年代里,加利福尼亚"有很多政府赠与墨西哥人的土地,差不多占总面积的9%,而剩下的大多数是沙漠、山脉,或者人迹罕至"[64]。此外,"由于不断出现的各种土地法案,联邦政府对批准采矿权利的程序不置一词。"[65]墨西哥人的赠与地、不见踪影的地主、渴望得到土地的定居者以及不健全的法律制度之间的矛盾一触即发,为新的加利福尼亚居民带来巨大的风险。如果"他们定居在墨西哥人的赠与地上,希望政府不接受墨西哥人的权利要求,那他们可能会失去土地的增值部分;如果他们从权利申请人手中购买土地,而这

个权利申请人的土地界限后来又经过调整，或者他的所有权申请被驳回，那他们就有可能失去购买土地的费用以及土地的增值部分”[66]。1851年，美国国会成立了一个委员会来评定墨西哥和西班牙赠与地的有效期限。尽管委员会批准给他们的正式有效期一直到1856年，但“法庭和土地总署通常直到更久以后才采取”最终行动。结果，“土地委员会对土地承让人和移民都构成了威胁……很显然，批准程序耗时越长，引起诉讼和暴力的可能性就越大。”[67]

在马萨诸塞、肯塔基和加利福尼亚这些地理分布状态分散、情况迥异的地方，18—19世纪，不断出现的人口迁移和人口增长不断地给法律制度带来沉重负担。不管移民们走到哪里，都会碰上大量算不上无主的土地、复杂的正规所有权法案、互相排斥的所有权权益、效率低下而又充满敌意的制度以及混乱无序的土地分配步骤。美国的历史表明，随着移民们不断地在公共和私人领地上修造房屋和建立社区，法律制度开始不适应于这些非法的居民。简而言之，美国的移民变成了不受法律支配的居民。

“斧头权”：所有权问题成为法律的全部内容

在环绕在法律、土地和财产周围的无序状态中，移民们认识到，他们要生存、要进行贸易、要耕种，或者甚至要消费，都必须在官方法律之外进行。事实上，不合法定居现象同美国本身一样具有悠久的历史。根据阿米莉亚·福特（Amelia Ford）对美国土地制度中的殖民先例所作的研究，“在马萨诸塞港湾公司迁到新英格兰之前，到处都有未经许可擅自定居的移民……康涅狄格的第一批移民从法律上来讲也是闯入

者，他们只能把自己的权利建立在占领和购买印第安人的土地的基础上。”[68]在马里兰的早期历史上，法国人和其他非英国人根本无法依照土地赠与条件的要求合法地拥有他们所定居的土地。1727年，宾夕法尼亚开始出现非法定居现象，立法者对那些“经常每发现一块空地就居住下来的”移民提出了抗议。正如一位历史学家所说，美洲殖民时代的不合法居民没有“丝毫的权利”[69]就已经占领了10万英亩的土地，并使其价值得以提高。

早在1634年，马萨诸塞的地方常设法院试图限制非法定居现象。法院规定：“赠与自由民的土地必须记录在案，并把一份副本送交法院。土地测量要由一个常住居民和四个自由民进行。”[70]这样，似乎是“出现了一个井然有序的制度，有利于清教徒在生活的各个方面都保持正统；然而实际情况并非完全如此”。由于大部人都未能“根据1634年和1635年的强制令来占有土地，常设法院被迫于1637年再次颁布法令，要求‘采取措施促使人们对土地进行登记，或者对不执行者处以罚款’”[71]。

在包括新英格兰在内的各个殖民地（以及后来的美国各州）内，有产阶级的政治家们认为不合法居民只不过是非法的入侵者，认为他们的活动没有任何功绩可言。然而，当时还没有有效的法律手段来调和已经出现的众多冲突。结果是，不合法居民们转而寻求各种有效的实际方法，为将非法定居行为合法化创造方便之门。许多最激烈的冲突发生在人烟相当稀少的边远地区，例如现在的佛蒙特州和缅因州。在美国独立战争爆发以前，纽约和新罕布什尔都对佛蒙特提出了领土要求。[72]为了智胜纽约，新罕布什尔的地方行政长官本宁·温

特沃斯(Benning Wentworth)"根据'所有权问题是法律的全部内容'这一原则……把佛蒙特的土地免费赠与新罕布什尔和马萨诸塞的居民……结果是,从 1764 年到 1769 年,131 个镇区被赠给 6 000 多个经过挑选的个人组织。"[73]

不对任何地方宣誓效忠的不合法居民紧随其后,很快就布满了整个地区。事实上,"移民们开始拥入佛蒙特,定居在任何符合他们想像的地方"。[74]在更早的时候,移民们就意识到了统一行动的重要性,开始"先向新罕布什尔的地方行政长官请愿,后来又向纽约的地方行政长官请愿,要求把包括他们的定居点在内的土地授予他们,或者要求颁布法令,承认他们对土地的所有权"[75]。尽管两个殖民地都试图通过不断地采取驱逐行动来阻挠他们的申请,不合法居民们还是完全控制了佛蒙特地区;伊桑·艾伦(Ethan Allen)和"他的追随者们"在独立战争后为佛蒙特赢得了州的地位。"非法定居力量"的伟大成就所产生的结果在于,他们的所有权协定得到了正式承认。

在其余各地,政治家们也试图控制不合法居民,以加强政府的政治或经济地位。17 世纪 70 年代,马里兰的巴尔的摩勋爵利用不合法居民来"占领东海岸和特拉华湾地区一些有争议的领土"[76]。宾夕法尼亚人为了保证他们的收入不受损失,于是采取措施,"发布指令说,人们可以以开始定居时的土地价格购买所居住的任何土地,但利息要从开始定居时算起,并减去土地的增值部分;不这样做的人必须交纳与购买土地的金额相当的免役税。"[77]然而,宾夕法尼亚人很快发现,如果不合法居民不愿意付款,政令就非常难以执行。事实上,"情况变得很明显,除非和这些坚决不愿被驱逐出去并且渴望得

到土地的移民达成某种权宜之计，否则大笔的收入不可避免地会流失……因此，宾夕法尼亚的土地署对许多它无力阻止的行为采取了默许或承认的态度，于是在正常权利之外又出现了许多特殊的、地方性的土地所有权形式。”[78]

在英属北美殖民地，非法定居现象经常受到急于开发殖民地资源的有产阶级政治家的鼓励。在大多数殖民地里，政治家们认为领土的扩张只能通过人口的迁移来完成。为了达成这个目标，他们允许个人和团体在未开发的土地上定居，并承认其为占领土地和提高土地价值所付出的努力。根据福特所说，在弗吉尼亚，“占领一块土地只需建起一座房屋、开垦一英亩土地，并保持一年；如果三年内还完不成上述要求，这块土地则归国家所有。”[79]根据马萨诸塞的法律，定居者的责任“包括实际控制某块土地并保持三年；建造起一定大小的房屋，通常为 18 或 20 平方英尺；开垦出 5～8 英亩的土地用于耕种和收割”[80]。

不合法的居民们希望通过此类定居政策来获得土地所有权，但在保护所有权的过程中，他们经常发现正规的所有权制度非常烦琐或者非常复杂。福特还指出，“土地署太远，要办的事务非常令人困惑，程序也很拖沓，根本不适合务实的”不合法居民。[81]居民们于是建立了他们自己的非法所有权制度，为他们希望拥有的土地做上记号。通过“斧头权”、“小屋权”和“玉米权”，许多美国人抛弃了正在变得不适用的英国法律，而是选择利用不合法手段来获取土地。

不合法居民把泉水源头的一些树弄死，在一颗树或几颗树的树皮上用他们的姓名缩写做上记号——这样，他们就获得了“斧头权”。早在 17 世纪 60 年代，马里兰的不合法居民

就有一种传统：在土地测量前，他们给想得到的土地上面的树做上记号。一位评论家说："总测量员自己就允许这种行为。"[82]到独立战争结束时，这种在树上做记号来表明对土地的所有权的做法已经非常普遍；一位军官写信给国防部长说："边疆地区的居民习惯用他们所说的'斧头权'或通过使土地增值来占据最好的地块，以为那就是一份完备的所有权文件。"[83]

"小屋权"和"玉米权"是另外两种标明土地界限的不合法方式，分别指建造起一座小屋和种上一棵玉米。最重要的是，这些权利就像殖民地当局颁发的正式所有权文件一样，可以进行买卖和转让。一位当代评论家说："那些希望在自己喜欢的土地上居住的人会从做这些记号的人的手中买下这些权利，而不是和他争吵。"[84]的确，尽管移民"不知道自己到底转让了什么样的正规权利"，该评论家并不否认不合法居民的主导地位，也不否认居民们在边疆地区获得的不合法权利的"合法性"。

尽管殖民地的政治家们对这种不合法协定采取了含蓄的默许态度，不合法居民们遭遇的还是一个充满敌意的世界。考虑到他们不断地侵入别人的土地、和印第安人发生冲突，对他们的敌意还可以理解；但不合法居民还对有产阶级的特权人士构成了威胁；这些特权人士害怕会失去他们持有所有权证书的大片土地。正是出于这个原因，乔治·华盛顿在 1783 年激烈地抱怨说："匪徒们藐视所有权威，在牺牲大多数人利益的情况下掠走并消耗掉了这个国家的财富。"[85]不合法居民通过地方性的社会契约获得了土地的所有权，但有了乔治·华盛顿这样的敌人，在他们的权利被社会承认之前，形势注定会

变得更加不利。

射杀县治安官

为了控制非法定居的浪潮，政治家们采取的第一个措施就是试图把不合法居民从被他们占领的土地上赶走。暴力不可避免地随之而来。缅因就是一个生动的相关事例。在美国独立战争爆发之前，马萨诸塞声称对缅因地区拥有所有权，马萨诸塞的移民也已经开始在缅因定居。最初，马萨诸塞的政治家根本不理会缅因地区的不合法居民人口的快速增长。然而，独立战争之后，“马萨诸塞州的财政处于崩溃状态，流通货币也大幅度贬值……它急需通过卖出空置的领地获得收益。”[56]马萨诸塞的政治家们突然担心，即使能把土地卖出去，缅因的大量不合法居民也会使大块土地的销售十分困难。于是在1786年，“马萨诸塞州州长颁布公告，禁止在缅因地区非法定居。公告还警告不合法居民说，要对他们‘依法处理’。”[57]

马萨诸塞州当局开始测量缅因地区的土地，并“大做广告，对‘镇区’实行批量销售”。为了消除潜在的购买者的忧虑，“州政府任命了一个委员会来调查‘闯入者’——这个词就是指不合法居民，还要求那些非法占有土地的人付款。”委员会几乎没有取得任何成绩；不合法居民拒绝搬迁或者为土地付款。之后，州政府没有试图和不合法居民达成妥协，而是开始强制执行书面法律。州政府利用县治安官来执行驱逐程序，点燃了火药桶，导致“政治动乱的爆发——有时更像是一场战争；一位县治安官在执行对一个移民的驱逐令时遭到杀害，而陪审团却拒绝宣布杀人者有罪。部分出于摆脱政治困

境的考虑，马萨诸塞州于 1820 年同意让缅因成为一个独立的州”[89]。

其他殖民地也在尽力压制公共和私有土地上的非法定居现象。在宾夕法尼亚，苏格兰和爱尔兰移民早于 1730 年就开始向印第安人的领地搬迁，而印第安人则进行反抗。殖民地当局不断警告移民们“不要偷印第安人的土地，并根据指令烧毁了他们的小屋”[90]。的确，“从 1763 年到 1768 年，基督教贵格会警告移民们要离开他们的土地，‘违者处死’……州长威廉·佩恩(William Penn)命令士兵强行把移民们驱逐出去。”[91]尽管采取了这些措施，不合法居民的数量还是翻了一番。作为回应，“恼羞成怒的州长随之宣布，定居在印第安土地上的人要被处死。但是人们还没有发现法官、顺从的陪审团和拘留所会这样对付囚犯”[92]。

新生的美国联邦政府同各州一样，急于批准联邦土地上的非法定居点——特别是在政府大量增加了土地占有量之后。1784—1850 年，美国从侵略和购买两个方面差不多获得了 9 亿英亩的土地：1803 年购买路易斯安那，获得 5 亿英亩土地；1819 年购买佛罗里达，获得 4 300 万英亩土地；1853 年购买加兹登，获得 1 900 万英亩土地；1848 年通过美墨战争赢得 3.34 亿英亩土地。[93]此外，到 1802 年为止，联邦政府已经获得了东海岸各州西部的所有领土。

联邦政治家于 1784 年开始制定计划，限制移民们占据国家领地和获得所有权，并通过了管理西北地区的第一个法令。“最重要的决定是，这一地区里的所有定居点最终都被转化为州，同原先的 13 个州具有一样的权利和待遇。”[94]1785 年，国会延伸了 1784 年的法案，提供了一个测量和出售公共土地的

制度。这一制度以新英格兰殖民地为例，把土地分割成方圆6英里的镇区，再把镇区分成36个部分，每部分面积1平方英里或者640英亩。土地测量完成之后，每640英亩土地以每英亩1美元的价格出售。

两年之后的1787年，国会把先前的法令组合成《西北法案》，把西北地区再划分成几个部分，并规定了使其发展为独立州的三个步骤。最重要的是，“1787年法案实实在在地建立起‘所有权人对镇区有绝对处理权’这一观念，第一次为美国的契约自由制度提供了保证……‘绝对处理权制度’的建立意味着所有权人可以永远拥有资产，并享有不受限制的转让权；这一观念再加上契约自由制度和所有权人有权通过买卖转让房地产的规定，就为建立一个有效的土地和资源市场扫清了道路。”[95]

尽管《西北法案》(和先前的法令)为公共土地的分配提供了一个完善的、正规的法制结构，但它既无法控制、也无法包容正在向国家外围迁移的大量人口。一个主要原因是，联邦土地的高昂价格起到了抑制作用。由于“联邦土地的潜在购买者必须至少拥有640美元——根据当时的标准，这个数目非常大”，成千上万的移民没有能力购买联邦的土地。[96]然而，法令的制定人假设，贫穷的定居者会从富有的投资者手中购买土地，而卖方也会把土地一小块一小块地卖出，并提供贷款，或者以满意的价格出租给移民。但就连这些精心构思的方案也经常“超出开拓先锋们的支付能力”[97]。结果，美国的移民们情愿“选择不稳定的非法定居”[98]。

几乎就在同时，联邦政府开始排斥和惩罚非法获取土地的不合法居民。在围绕是否采用《西北法案》的辩论中，制定

法律的特权人士激烈抨击无钱购买土地的不合法居民。纽约的威廉·巴特勒(William Butler)写道:“我认为,委员会已经对这个国家里一些人的恶行非常熟悉。他们从各地蜂拥而来,不仅仅占领了美国的土地,而且还占领了整个国家。成百上千的人带着他们的家庭跋山涉水,每天都在向前迈进。我希望委员会能运用智慧来反对这一正在发展中的粗野恶行。”[39]同年的晚些时候,“哈马(Harmar)上校通知国会说,俄亥俄河下游不合法居民非常密集;除非国会立即采取措施,否则就无法阻止土地被移民们占领。”[40]

国会议员们受到这种情绪的严重影响,开始驱逐不合法居民;他们通常采用暴力手段。1785 年,国会通过了一项决议,要求坚决制止非法定居现象,并且不让越境者进入公共领地。这项决议最严厉的一个方面是,它使国防部长有权把非法移民从西北地区的联邦土地上驱逐出去。这一政策于 1785 年春季在马斯金格姆河与俄亥俄河的汇合部生效;军队驱逐了 10 个家庭,捣毁他们的房屋,还建起一座要塞,“防止移民们再折身返回”[41]。四年之后,乔治·华盛顿总统下令捣毁在宾夕法尼亚边境的印第安人领地上定居的移民们的小屋,并强迫移民们搬家。[42]

尽管在美国独立战争后的前几十年里,国会主要被强烈反对非法定居现象的议员占领,但还是有一部分议员通过了一些法案,实际上增加了公共土地上的不合法居民的数量。例如,1796 年《土地法》延续了 1785 年《土地法》的规定,要求在土地出售之前必须进行矩形测量。然而,不恰当的方法和混乱状况使土地测量工作陷于停顿。事实上,“在任命总测量员和他的工作班子时就有许多延误;同时,国会也迟迟不下

拨必需的资金;对每一块土地都要作出详尽的描述,包括土质、河流情况等等。这一过程所用的时间比预期延长了很多。"[13]土地测量过程的延误只会加剧不合法居民的不满,鼓励他们侵入公共土地以避免冗长的、代价高昂的官僚主义程序。

打破美国的"钟罩"

在接下来的几十年里,政府没有采取什么措施来加速财产所有权的发展进程。它所采取的行动往往只会增加不合法现象,而不是遏制不合法现象的产生。甚至连从事测量、出售和登记公共土地工作的土地总署也无法完成任务。新的联邦机构忙于证实从地区办公室送来的公地持有证,迫不得已地忽略了建立在信贷基础上的土地购买记录。立法人员还希望土地总署能像信息中心一样能帮助市民获得土地,但所有这些工作很快就压垮了联邦机构,过度劳累的工作人员无法履行他们的职责。[14]帕特里夏·纳尔逊·利默里克(Patricia Nelson Limerick)指出,议员本身也变成了土地总署要应付的难题:"议员代表选民们抱怨说,政府办公部门办事效率低下,也代表他们自己提出许多申请,要求得到土地资料——这就耗尽了职员们的时间。考虑到经济因素和节省开支,议员们又拒绝给这些机构增加拨款。"[15]

此外,在一个缺少金融资源的国家里,政府"用土地而不是用货币来保证公认的公共目标的实现"[16],这实际上是在鼓励非法现象和非法定居行为,于是就出现了"土地临时凭证"。一位历史学家把它描述成"19世纪时相当于食品券的一种东西;它由政府颁发,能够兑换一种特殊的商品:土地。"[17]不过,

这个制度不够完美，它源于政府发给退伍军人的临时凭证。1780—1848年，国会把200万英亩土地授予参加过独立战争的士兵，把500万英亩土地授予参加过1812年战争的老兵，把1 300万英亩土地授予给参加过美墨战争的老兵。1851—1860年，国会又把另外4 400万英亩土地发给在独立战争、1812年战争、印第安战争、美墨战争时的服役人员。[108]土地临时凭证政策最初是在独立战争期间由大陆会议构思出来的，让政府用于支付官员和服役士兵的薪金。国会还担心印第安人会凭借自身力量或者充当英国、法国的雇佣军，对新生的共和国构成持续的军事威胁；于是，“国会想出一个两全其美的解决方法。还有什么能比把边疆土地交给前军官更好呢？”[109]然而，到19世纪中叶，土地临时凭证的黑市交易日益繁荣，鼓励了在公共领地上的非法定居现象和对公共领地的投机买卖。每100名接受了土地临时凭证的士兵中，就有84人在黑市上把凭证卖出，“换取他们想要的任何东西”[110]。边疆的安全问题就是这么解决的。一位历史学家指出：“没人会指望50万名拿着土地临时凭证的寡妇和老人会形成一道抵抗外来侵略的屏障。”[111]

联邦政府还把几百万英亩的土地免费用于在大陆上修建四通八达的铁路，希望能帮助移民们有秩序地居住下来，借此减少联邦领地上的非法定居现象。19世纪，超过3.18亿英亩的土地“被直接交给私营公司或由各州再分配，用于修建铁路。这部分土地的数量差不多是全部公共土地的五分之一，其中大部分土地没有丝毫价值，只有一小部分土地蕴藏着矿产资源或者可用于耕种”[112]。“数量最多的土地被赠与横跨大陆的铁路公司……而铁路公司得到的却是铁路沿线一块块互

相间隔着的土地，和政府的土地交织在一起。”[113]尽管“国会清清楚楚地认识到，把土地拨给铁路公司会阻止移民们进入公共领地，但它相信铁路公司会把土地迅速以低价卖出，来加速定居点的出现”[114]。然而，正如其他土地政策一样，定居点的实际状况经常和政治家们的希望发生冲突。的确，铁路公司的土地和政府土地互相交织在一起，“拖延了人们在几百万英亩最好的土地上定居，也使人们无法获得土地。”[115]

尽管联邦政府多次努力试图建立起有序的土地制度来抑制人们的迁移冲动和他们对国家领地的土地要求，但普通人的意愿比联邦政府的意愿更为强烈。一位颇有头脑的不合法居民分辩说：“我确实认为，任何赞同美国每一项制度的人无疑都有权穿越每一片空置的田野，国会无权加以禁止。”[116]在19世纪的前几十年里，政治家和不合法居民们就如何转让财产所有权展开了激烈斗争。在政治家当中，“有人提出疑问，‘如何处理这种情况？’有人说，‘把事情交给士兵们去办’；有人说，‘可以用来偿付国债’；有人劝告说，‘以后再说吧’。还有人认为，任何想在土地上定居的人都有权在上面定居。”[117]

许多不合法居民通常都在地理位置上远离这些争论；他们“勇敢地努力去购买土地，有些人付出了双倍价钱，有些人在拼命建造房屋的时候还付出了大笔法律上的开销”[118]。然而，许多人很快意识到，他们没有什么动机去“建造房屋、给土地围上篱笆和种上庄稼，除非他们肯定会拥有土地的所有权”[119]。的确，大多数人很快发现：他们这种人数目太多，正规的法律制度还不准备接纳他们，并且正为他们树立起越来越多的阻碍；他们应该同充满敌意的体制进行战斗，争取每一项权利。面对这些不利因素，居民们团结起来，努力在边疆地区

就土地所有制和获得土地的权利建立起他们自己的不合法协定。

人民与法律专家之争

在美国历史上，有两个重要的例子能够阐明用来保护非正规财产所有权的不合法组织的出现：19世纪前半期在美国中西部激增的权利要求协会和1849年在加利福尼亚发现黄金之后遍及美国西部的矿工组织。对于许多美国历史学家来说，权利要求协会和矿区条例体现了“边疆地区的人民要求民主行为的能力”[120]。然而，有些历史学家们争辩说，这些组织“像一层烟雾，使人们分不清谁在偷占土地，谁是善意的土地拥有者”[121]。我并非要讨论这些；在权利要求协会和矿工组织的发展历史中，让我感兴趣的是，历史表明，这些不合法组织在定义美国的财产所有权和增加土地价值方面发挥了重要作用。尽管不合法居民实际上是“入侵”公共领地的闯入者，但他们的确拥有“法律头脑”。这种“法律头脑”根植于“人民比法律专家拥有更大的权利去定义和解释规章制度”这一信念。[122]为了实现这一目的，不合法组织在各个领域发挥着作用——从和政府谈判到登记土地、登记不合法居民对所侵占土地提出的权利要求。

● 权利要求协会

从表面来看，美国中西部的权利要求协会的宗旨是保护定居者的权利，抵制土地投机商和强占移民先得特权的人。协会的成员“主要是那些在某一地区内占有土地的不合法居民，他们同意在土地拍卖时不互相竞标，并在竞标时防止他人对协会成员构成威胁。”[123]某一权利协会在其章程的导言中灵

活、清楚地描述了它的使命：

> 鉴于我们已经在政府的认可下变成土地上的合法定居者，并为提高土地的价值付出了时间和金钱，我们公平合理地有权以常规价格买下土地；鉴于可能有人会被派来干涉我们的权利，就此产生猜疑、骚动和恐慌——因此，我们只有团结起来才会有安全感。我们决心和平地解决我们之间的任何纠纷，互惠互让，避免任何可能会导致猜疑和骚动的情况的出现。我们明确接受各个委员会的保护，并保障各个委员会的责任义务。[14]

这份文件特别引人注目，因为它明显地表明，美国19世纪的权利要求协会的章程同今天第三世界国家中相当普遍的、不合法居民组织的"定居合同"非常相似。

每一个权利要求协会都制定出了自己的章程和地方性法规，选举出执行官员，建立起裁定纠纷的规则和登记、保护权利的程序。[15]因此，"协会规章的管理范围包罗万象，也许部分要依赖于组织者承受压力的程度，部分要依赖于起草规章的人的爱好。"[16]例如，衣阿华州约翰逊县的权利要求协会的章程规定，协会要选举出会长、副会长、职员、记录员；要选举出7名法官，其中任何5名都可以组成法庭来处理纠纷；要选举出两名负责执行协会规定的执行官；要制定出详细说明土地上的财产所有权的程序。[17]此外，大多数"规章都包含所允许的权利要求的范围，标记、登记和转让权利要求的指令，以及在成员受到强占特权者的威胁或者土地期限到期时，协会成

员们互相竞争权利时所必须遵守的程序"[128]。

此外，权利要求协会的占地合同也明显地有助于提高不合法居民所要求的土地的价值。在衣阿华州的保厄希克县、约翰逊县和韦伯斯特县，权利要求协会起草了专门的规定，"要求其成员必须把权利要求完善到何种程度。"[129]协会还限制其保护的权利要求的范围，大都允许其成员卖出权利要求，使他们能获得土地的价值收益。然而，许多成员"还不满足于法律授予他们的土地数量，提出了大量的、虚假的土地要求，有时会使买方难以找到一块无主的空地"[130]。居民们的这种做法得到了大多数协会成员的默许和支持。的确，尽管权利要求协会的成员"公然抨击土地投机商……他们自己也是小投机商"[131]。因此，从许多方面来看，美国历史上的权利要求协会，似乎"已经变成了一种保护权利要求交易的手段，而不是保护家园、使其免受土地投机商和强占特权者侵犯的机构"[132]。

权利要求协会的一个重要任务是，确保其成员的权利"得到明确的保证……使土地的购买者也能得到协会的保护"[133]。对某人的权利要求进行保护显然属于不正规的非法定居合同的一部分。例如，在衣阿华州的某两个权利要求协会里，每个协会的章程"都一致同意，在必要时，在土地销售完成后继续保证每一个成员都能对他的权利要求拥有 2 年的期限"[134]。阿伦·博格(Allan Bogue)指出，"不合法居民在受到强占他人特权者的威胁时，能够得到协会里的志同道合者的帮助……他的朋友们会吓倒或许会在土地拍卖中开出高价的土地投机商。"[135]衣阿华州的一位历史学家指出："一个真正的定居者希望得到土地，用于建造房屋和直接占有。当他在某一协会的

领地上定居时，他会立刻遭到猎犬的袭击，这就迫使他放弃权利要求或者为当地人所维护的权利付款。”如果“这位定居者对当地人先前提出的土地所有权表示怀疑，权利要求协会总是能立即找出一两位证人来证明他们所宣称的权益的有效性”[136]。

通常，权利要求协会的承诺会有它们自己的严格的、原始的公正原则。艾尔弗雷德·布伦森（Alfred Brunson）牧师曾询问一位协会成员，如果强占他人特权者成功地购买到了他所要求的权利，又会发生什么情况。不合法居民敏捷、尖锐地回答说：“嗯，我会杀了他。根据居民们的协定，我会受到保护。如果我受到审判，没有人、也没有陪审员敢作出不利于我的判决。”[137]不过，更普遍的是，在这种情况下，权利要求协会会召集陪审员（陪审员同样是不合法居民）坐下来开会讨论案件，至少也要制定出应有的审判程序。在衣阿华州的一个县，一个强占他人特权者试图占领归权利要求协会的某个成员所有的一块无人占领的土地，“不到几个小时，他就被一群急躁的、怒气冲天的人带到由定居者组成的陪审团面前。”[138]

● 矿工组织

和不合法居民在中西部地区遇到的法律状况不一样的是，“拥入加利福尼亚的淘金者发现，美国没有法律适用于销售和租赁蕴藏着贵重金属的土地。”[139]然而，矿工们没有等着政府来干涉、制定法律或者征询关于颁布法令的法律意见。一位矿工指出，“当内华达城及其周围的矿藏被开发出来以后……没有法律来规范矿工权利要求的范围，通常是由第一批进入峡谷的团体享有绝对的权利……随着人口的增加，这种规则维持不了很长时间。矿工们明白他们必须采取某些行

动，于是召开了会议。”[109]

矿工们像不合法居民一样，成立了某种组织，来规范他们的不合法权利、保证个人对被占领土地的义务。矿工们的定居合同被称为“矿区条例”，它们起源于现行的法律制度。约翰·莱西(John Lacy)指出，矿区条例“反映出，在康沃尔锡矿工人会议、山顶区惯例、德比郡巴茅特法庭、萨克森的伯杰迈斯特组织及其实践、新西班牙和秘鲁的总督们制定的西班牙殖民条例及密苏里铅矿区的某些惯例中具有沉淀已久的智慧和风俗习惯”[110]。由于融合了国家的现行法律制度和非正规协定，矿区条例填补了美国富饶的矿区上的正规法律制度的真空——就像今天的第三世界里的非法定居组织一样。

矿区条例通常包括九个不同的部分。[111]

第一，矿工们在众所周知的地点召开会议，成立矿区。会议召开前，先利用通知、布告和口头消息使会议目的公布于众。

第二，矿工们给矿区命名，划立边界和管理范围。“矿区通常用指挥这一行动的人的名字、某些地理特征或者第一个提出权利要求的人的名字命名。”[112]这通常是矿工会议的第一个步骤。

第三，矿工们根据权利要求的分布和土地购买情况，规定只有提出权利要求的人才能拥有物主身份。在大多数矿区，新矿脉的发现者通常可以有两项权利要求，而其他矿工只能有一项。通过购买土地所得到的权利通常不受限制，只要购买是“根据所有权登记部门颁发的所有权契约和证书，在良好信用的基础上完成的”[113]。

第四，矿区只允许美国公民和依法有权成为美国公民的

人加入和享有权利。因此，由于当时陈腐的种族意识形态，墨西哥人和亚洲人不能在矿区工作。事实上，这种态度导致人们分辩说，墨西哥和亚洲的矿工对美国人民的富裕没有丝毫贡献；美国人的财富是他们自己辛苦得来的。他们还认为墨西哥和亚洲的矿工还危及了“不受传统影响的年轻美国人的道德观”[15]。

第五，矿区条例规定了采矿权利要求的规模，大到150～300英尺，小到相当于矿工们铁锹的大小。此外，“同一权利要求的各方都享有通行权来挖掘隧道并将其延长，只要他们不会在潜在的界限内影响另一处矿脉的开发者的权利。”[16]

第六，条例为矿工们规定了如何识别他们的权利范围的方法。通常，“他们要贴出一份简略的布告，注明权利要求的各个要点，以及日期、矿藏发现者的名字、国家和矿区的名称。”[17]

第七，条例建立起了记录员办公室、矿区的正式记录以及记录权利要求的办法。通常，记录员任期一年。更重要的是，条例要求矿工们“从发布布告提出权利要求之日起，要在5～30天之内把布告交给记录员；而记录员则应登记此类文件，并记录下矿区内所有权转让的情况”[18]。

第八，条例为了保护某一权利要求，提供了权利发展所需的“时间、范围和特点”。“对不遵守义务的行为的处罚通常会使人失去其权利。”[19]

第九，矿区条例还建立起了用于解决纠纷的制度。

显然，矿工们非常仔细。他们进行协商谈判和组织协调，提高土地的价值。像权利要求协会里的人一样，“探矿者建立起社区，（大量地）颁布规则，来保护和增加他们的权利要求的

价值。”[13]换句话说，矿工和不合法居民们都早在政府承认他们的权利之前，就开始设法保护他们的权利要求；一旦得到官方承认，这些权利要求就能充分地体现出市场价值。

权利要求协会和矿区条例的历史反映了美国边疆地区法律制度的失败和不足。正如一位当代评论家所说，权利要求协会和矿区条例中的不合法协定“在定居者自己的管理下比在迟缓的、充满敌意的政府的管理下更好”[14]。

再重复一遍，美国19世纪的不合法居民和政府之间的关系就像今天的发展中国家和前共产主义国家里不合法居民和高压政府之间的关系一样。主要的差别是，美国的政府官员和国会议员最终开始认识到了这些非法社会契约的重要性，并因此采取了措施。

从“歹徒”到“高尚的先锋”

人口迁移、非法定居、财产所有权受到阻碍和限制、不合法组织的出现等情况使政治家们无法再对移民的要求加以阻碍或置之不理。早在17世纪60年代，马萨诸塞人依靠整个社区对地方性不合法行为的普遍承认满足了移民们的要求。[15]除了一些此类的孤立事例之外，美国的政治家们用了一个多世纪的时间才开始共同努力，并承认说：美国蕴藏着巨大的、未开发的自然资源，具有众多上进心强的移民和定居者，不合法居民的要求对美国这样一个年轻的、充满希望的国家具有政治和经济上的重要性。美国是自古代以来的第一个民主共和国，美国的政治家们对这个独一无二的机会逐渐地善加利用，建立起包罗万象的所有权制度，为变成世界上最富有的国家打下了基础。

但事情的发展并不简单。今天的发展中国家和前共产主义国家对如何处理经济、如何处理不断发展的不合法经济部门等问题十分不安，从这种角度来看，托马斯·杰斐逊就不合法居民所发表的一篇演说似乎完美地体现了美国政治家长久以来一直对不合法协定所持有的既爱且恨的态度。根据杰斐逊所说，“这些不合法的协定形式多样，没有一个固定的法律原则或公平原则能够用在它们身上。许多不合法协定以在这一国家里发展起来的风俗习惯为基础，以它们独有的传播方式进行发展。它们几乎已经写入了每一张所有证凭证，*根本无法忽视*。”[15]政治家们于是有了明确的选择。正如我们看到的那样，他们可以阻碍或不理会这些不合法居民，勉强地和他们达成让步，或者为了把不合法权利变成合法权利而战斗。《占地法》——根据权利申请人对土地的增值情况承认他对土地的所有权[16]——的出现、以及它在19世纪前60年间的发展揭示出，政治家们越来越多地采取了后一种做法。的确，美国实施《占地法》的历史表明，不合法居民正在变成一股让政治家不能忽视的潜在力量。

18世纪的最后10年里，肯塔基成为新生的美国中首批通过《占地法》的州之一。实质上，这个法案的目的“是要保护成千上万名对原以为是空闲的或无人提出权利的土地提出权利要求，或者从无数的土地代理人手中购买了所有权而根本没有意识到所获得的权益同他们的希望相反、所有权文件也有缺陷的定居者”[15]。最初，弗吉尼亚州和肯塔基州的部分地区也出现了像弗吉尼亚殖民地一样的土地所有权不明确和权利互相重叠的问题。新州长抱怨说：“对土地提出的权利要求比实际土地数量多三倍。”[19]尽管议会被大地主们控制着，政

治家们并非“没有意识到实际定居者的权益”，他们“尽量帮助那些在驱逐程序诉讼案中败诉的人，保证他们获得土地增值部分的价值，并免除他们从前使用土地的租金”[13]。

像许多18世纪末期的州一样，肯塔基州的财产制度处于完全的混乱状态之中；政治家“在分配土地时表现出轻率的浪费态度”[14]，“土地上的权利要求比土地还要多。”[15]因此，肯塔基的《占地法》反映出，大量的移民对土地并没有充分的所有权。保罗·盖茨辩论说，1797—1820年，肯塔基州的一系列立法中包含了人们的不合法协定，有利于这些不合法约定的“权利要求人法案”对“美国成文法中的两大公平原则作出了很大贡献。这两个原则一是土地占有人对土地增殖部分的权利；二是，如果某定居者在私有土地上定居超过7年而未引起争议，并一直交纳税金，不管土地原所有人的所有权文件多么有力，该定居者都可以对土地拥有明确无误的所有权”[16]。然而，这种法律的重要意义并不是法律教义的一部分，但它确实表现出了不合法居民们不断增长的政治力量。居民们正通过当选官员来宣扬他们的利益。更重要的是，正是不合法居民们这股不断增长的政治力量导致许多州政府驳回了最高法院对国家中存在大量不合法人口问题的决议。

1823年，联邦最高法院在格林对比德尔的诉讼案中，宣布肯塔基州的《占地法》违宪。这起诉讼案涉及一位大地主的后裔约翰·格林(John Green)和一位在格林家的土地上非法定居的移民理查德·比德尔(Richard Biddle)。有争议的土地原先位于弗吉尼亚，但在肯塔基取得州的地位后，这块土地恰好位于肯塔基州。联邦最高法院否认了肯塔基的《占地法》，指出它所包含的“所有权原则”建立在英国习惯法的先例

上。[161]

最高法院的决议显然只有利于那些对被占领的土地持有合法凭证的人。根据最高法院的决议，肯塔基的法案“不公正而且有迫害性，因为合法的土地所有人不仅仅要被迫为土地的实际增值付款，而且还要弥补占领土地的人在对土地进行表面上的改善时所引起的花费，而丝毫不理会这种改善是否有价值，全凭占领土地的人的一时兴起和异想天开”[162]。几年后，联邦最高法院重审了比德尔案，并再次肯定了先前的判决，强调《占地法》“剥夺了土地所有人对土地的合法权利，剥夺了他的租金和收益”。在许多政治家、特别是那些正在努力培养对不合法人员的支持的政治家看来，“这是一个最有破坏性的恐怖的判决，会引起肯塔基人的极大惊慌。”[163]

在格林对比德尔的诉讼案后，不合法居民的利益开始对国家的政治环境产生强烈的影响。经过同法律当局进行几十年的斗争后，不合法居民们突然开始进攻。事实上，在许多政治家和当时新闻人士的头脑中，美国联邦最高法院现在才是歹徒。一份地方报纸说，最高法院的法官威胁要“取消非常住居民和外来人口”的权利，这是一种“奸诈的行为”。[164]国会议员理查德·M·约翰逊(Richard M. Johnson)在一次国会发言中宣布说，最高法院的判决“会彻底推翻(肯塔基州)经过深思熟虑的政策……如果坚持下去，就会带来最具灾难性的后果，让已经(非正规地)平静了好几年的此类诉讼案再次大量兴起，把任何关于土地所有权的问题都置于最混乱的境界”[165]。“肯塔基的州长和立法机关都对比德尔诉讼案的判决表示了强烈反对。”[166]

在美国历史非凡的转折关头，肯塔基州的法官拒绝服从

最高法院。在博德利(Bodley)诉盖瑟(Gaither)一案中,贝蒂(Beatty)法官指出,不能把比德尔案作为先例,因为"比德尔案是由美国联邦最高法院的7名法官中的3人判决的;少数人的意见不能作为解决宪法原则的结论"。两年之后,凯利(Kelly)法官在麦肯尼(M'Kinney)诉卡罗尔(Carrol)一案中,根本不理睬最高法院,强调说,关于"所有权人法案"符合宪法原则的案例"多得无法计数"。

在接下来的几年里,随着不合法居民的发展,他们从他们的代言人那里得到越来越多的同情。慢慢地,政治家们,"特别是来自西部的政治家和大多数民主党人开始用不同的眼光看待不合法居民。对他们而言,不合法居民不是什么罪犯或者野蛮人;他们是高尚的先锋,他们保证了这个国家的快速增长和发展。如果他们违反了法律的书面文字,那他们也只是在完善法律的最终意图。"[48]来自堪萨斯的国会议员强调说,"在整个堪萨斯州,居民们已经占领了公共土地,提高了土地价值,并交纳税金,然后又出于某种原因,在内政部的决定下被迫离开土地而得不到任何补偿。"[49]部分出于安抚移民的目的,密苏里州在1834年、亚拉巴马州在1836年、阿肯色州在1838年、密歇根州在1838年、衣阿华州在1839年、密西西比州在1846年、威斯康星州在1849年、明尼苏达州在1851年、堪萨斯州在1855年、加利福尼亚州在1856年分别通过了与被最高法院驳回的肯塔基《占地法》相似的法案。[50]

到1874年时,占地法案所包含的原则已经牢固地确立,美国国会在联邦法庭上给予了非法移民同州和地区法律所给予的一样的特别待遇。保罗·盖茨说:"没有一个最高法院审结的案子能被州立法机关和州法院完全推翻,因为联邦法院

无法充分利用案例。国会最终颁布了不会引起争议的法令，把联邦法庭的覆盖面延伸到类似格林诉比德尔一案中的移民身上。”[16]这是法律制度上一个令人震惊的彻底转变，是在不合法居民自己及其不断增长的政治力量的帮助下取得的。经过几年坚持不懈的努力，他们已将自己转变为国家的宝贵财富。

在美国早期历史上的很长时间里，政治家们一直鄙视那些公然藐视国家土地分配计划的移民们的胆大妄为，非常清楚他们的行为会导致土地法案的瘫痪，决定最终要把他们驱逐出去。但政治家们最后还是渐渐地面对现实，即法律制度的发展还没有赶得上人们使用和分配权利的方式。事实上，许多政治家开始认识到，在官方法律之外，一种关于土地的不合法社会契约已经成形，构成了正在全国范围内建立起来的所有权制度的基础。

来自肯塔基的国会议员亨利·克莱(Henry Clay)长久以来一直反对把权利交给不合法居民；他承认，“他们盖起房子、种上果树、围上篱笆、开垦土地、照顾家庭。同时，在移民的浪潮中，经他们改良的农场的价值得到了提高，他们用高价把农场卖给新来的人，然后继续向西部进发……成千上万的移民每天都在以这种方式改变居住环境，完善生活条件。”[17]在大量的人口迁移、无效的所有权法律、不合法居民的不满、犯罪现象、持不同意见的政治家和法学家的数量增加等情况的影响下，政治家们别无选择，只能调整财产所有权政策以适应在国有土地上非法定居的众多移民。

创造法律容纳新的社会契约

两百多年前，美国的政治家们面临着一个选择：他们要么制定法律反对不合法居民的不合法协定，要么制定法律包容这些协定。他们慢慢地、曲折地认识到，符合移民们的经济需要的新社会契约是一种现实状况，必须被融入到法律中。国会通过的"优先权"法案和采矿法就是法律转变的两个例子。二者都体现出人口迁移、现行法律的不适应、不合法组织及规章制度的出现共同向政治家发起挑战、迫使他们采取行动，经历了一个漫长的过程。结果就是法律变革。经过很长时间之后，政治家们彻底地改变了法律，使其为越来越多的人服务，使他们能提高土地的价值，就此变成新生的共和国中有生产力的守法公民。

● 优先权法案

在美国，"法律用'优先权'一词，表示定居在公共土地上的人有机会在这块土地公开出售前以适中的价格买下这块土地。"[12]用一位专家的话来说，优先权作为一个原则，"并不是美国所有权制度的基本立足点。"[13]事实上，"到美国独立时，宾夕法尼亚、弗吉尼亚、北卡罗来纳全都通过了普遍的优先权法案，其他几个州也在书面上或司法实践中承认了某些不合法居民组织的优先权。"[14]

优先权原则第一次使政府或私人土地的占有者具有独一无二的购买机会。优先权法案产生于两个互相关联的条件：(1)殖民地的所有权文件不准确；(2)法庭试图减轻土地所有权上的习惯法给予那些"错误地"在别人拥有的、未开发的土地上发展并通常还要缴税的定居者的苛刻待遇。殖民者最初

想应用英国所有权法案的原则来恢复秩序。但是,殖民地社会中正快速地出现多种获取财产的方式,而没有一个稳定的、被普遍接受的所有权制度——这是英国习惯法的立法者没有预料到的。例如,英国的习惯法无法指导法庭应该如何处理购买或继承了所有权不明的土地的案件。结果,"完全有必要对有关所有权的案件进行公开审理。所有有兴趣的人都能出庭作证,在无人有异议的情况下,法庭的判决是一个相对有效力的公共保证。"[15]殖民地当局无法在审理案件时轻易地沿用英国的先例。相反,"法庭经常求助于当地村镇的风俗,并把它们纳入一个新的法律体制中,以此来稳定土地交易。"[16]

地方风俗对于制定适应现实状况的法律具有重要作用,这就引发了美国最重要的"优先权"先例之一:即根据土地占有者对土地所作的改善,承认他对土地的所有权。根据英国习惯法,即使非法的土地占有者错误地占有土地,他也不能从真正的土地所有人那里获得土地增值部分的价值。不过,问题是,"人们很难知道或确认谁是真正的土地所有人"[17]。

殖民地的政治家认识到,英国的习惯法对许多新定居者可能会很不公平,于是制定法律保护他们的某些不合法权利。早在1642年,弗吉尼亚殖民地颁布法律,使非法的土地占有者可以从真正的土地拥有者那里接受他改善土地的增值部分。弗吉尼亚的法案指出:"如果任何人在属于其他人的土地上定居,要考虑由12个人组成的陪审团的意见。"[18]而且,"根据弗吉尼亚的《占地法案》(这个法案很快被其他殖民地效仿),如果土地的真正所有人不愿补偿不合法居民为土地所作的改善,不合法居民有权以当地陪审团制定的价格购买这块

土地。"[17]这样的法律条文表明了地方特权人士对想从土地上产生附加值的移民的同情程度。

很快，政治家和法学家们开始以极大地有益于不合法居民的方式诠释"土地增值"。在北卡罗来纳和弗吉尼亚，"在土地上建造住房或小屋就意味着使土地增值。只要种上玉米，这个条件就可以轻易地满足。"[18]在马萨诸塞，行政长官特赖恩(Tryon)写道："拥有土地和使土地增值并不限于房屋、谷仓和用篱笆围起来的土地……通常还包括'用干枯的分散灌木丛围起来的一片树木及用未加工处理的木头建成的、用树皮覆盖的圆形小屋'。"[19]正如特赖恩长官的叙述和北卡罗来纳、弗吉尼亚的法案所指出的那样，不正规的权利(例如"斧头权"、"小屋权"和"玉米权")正在被纳入法律制度。有意义的是，法律"不仅仅承认要对第一批移民的花费和风险进行补偿，它还表达了'不合法居民的确有益于国家，而不是什么闯入者'的普遍情感"[20]。因此，美国独立战争结束后，到处流浪的不合法居民的"玉米权"已经被转换成辛辛苦苦的先锋们的占地权。

优先权在把不合法居民纳入法律制度的同时，还为金融财富匮乏的各州带来了收入。结果，在美国独立战争前后的几年里，优先权法案迅速发展。18世纪中叶，宾夕法尼亚两种普遍接受的土地授予模式之一就是，"在不合法居民先付清三分之二的土地金额的基础上发放测量土地的许可证；在测量工作结束后，付清余款就可以获得全部的土地凭证"[21]。1777年，北卡罗来纳的立法会议"为华盛顿西部地区建立了一个土地管理局；每位定居者都可以获得640英亩的土地……在授予土地时，第一批居民拥有优先权，而不管他们是

否曾提出权利要求：占地得到承认，可以获得土地所有权凭证”[104]。1779 年，弗吉尼亚州通过了《土地法案》，法案规定：在 1778 年 1 月 1 日前位于弗吉尼亚西部水区并且“已经建立起房屋或小屋、或者对土地进行其他改善的定居者都应该拥有土地的优先权”[105]。

尽管这个过程看似毫无痛苦，但重要的是要强调：在英属北美殖民地，对定居者权利的同情并不是凭空出现的。事实上，不合法居民在公共土地上定居了差不多 100 年之后，才出现了优先权法案。然而，持续的人口迁移和扩张造成大量人口占有了资源，而资源的潜能还在被僵化的正规法律制度所抑制。正规的法律制度还没准备接纳这些移民，根本不理会他们的热情和他们能迅速提高土地价值的能力。政治家们从公然反对不合法居民，渐渐地、通常也是平静地向默许他们的行为进行转变，这体现出了争取优先权的斗争过程。阿米莉亚·福特指出：

> 对未经批准的定居点的建立充满了强烈的反对，包括官方的禁令和声明，以及实际发生的驱逐行动。由于这些措施未能奏效，政府又要求他们直接付款，并加上利息，还威胁说如果不服从，就把他们驱逐出去。这种方法也要放弃。随之情况就发生了变化：优先权原则允许定居者在方便的时候付款。最后一个办法就是把土地赠给移民们或者授予他们定居权，有时还要给予他们对其他土地的优先权。[106]

就这样，整个英属北美殖民地的政治家开始把定居者在

所占有的土地上创造出的资产的许多相应权利正规化，但决不是全部的权利。

随着美国变成一个主权国家，公共土地也转归联邦政府控制。联邦政府几乎“无法开始运转，因为公共土地政策和优先权问题把日程表排得满满的”[47]。就在1789年国会的第一次会议上，一位议员尖锐地描绘了不合法定居者面临的选择：

> 就在此时此刻，很多人愿意通过购买的方式获得对所居住的土地的所有权。这些人会怎么想？谁把他们置于无主的空地上，让他们焦急地等待政府的安置，到头来却发现优先权被购买了100万英亩土地的地主们所垄断了？他们希望自己被这些地主剥削吗？……他们只能作如下选择：要么搬到根本不欢迎他们的西班牙领地去，增加边疆地区的外国势力，形成对我们的威胁；要么继续维持现状，在美国的领土上迁移，不需要你们的同意就去占领土地。那么情况会怎么样？他们当然不会付给你钱。然后你会聚集力量把他们赶走吗？有人试过这种做法：召集部队去执行命令。他们烧掉房屋、拆除篱笆、捣毁种植马铃薯的土地。但是，部队走了三个小时以后，这些人又回来修补被破坏的地方。现在，他们正在这些地方定居，公然对抗联邦政府。[48]

尽管许多企图限制定居者的努力都以失败告终，国会议员们还是普遍认为不能给这些定居者任何权利。一份国会报告指出，“我们不要急于扩展国家的疆域，而是要制止边疆上

的定居者漫无目标地流浪，防止他们突然向太平洋地区拓展。"[189]

1801年，众议院公共土地委员会表达的观点体现了国会当时普遍的矛盾心理。委员会承认，不合法居民已经"付出了极大的努力，克服困难，在某块土地上定居下来，开垦并提高了土地的价值……因此他们不仅仅增加了各自定居的土地的价值，而且还提高了附近土地的价值，这极大地有利于美国"。但它还是建议国会拒绝不合法居民要求优先权的申请，并进一步提出证据说，"授予他们优先权就好像是鼓励他们侵占公共土地，是对公共利益毫无道理的牺牲。"[190]

自国会成立后的20年里，它一直坚定地对非法居住在公共领地上的居民抱有敌意态度。1796年，国会把《1785年土地法案》中规定的公共土地每英亩1美元的最低价提高到每英亩2美元。[191]1807年，国会通过了一条措施："允许在驱逐定居者时使用武力，对于收到通知依然不服从法律者可处以罚款或监禁。"[192]此外，这条措施"还（为拒绝被驱逐的不合法居民）提供了一项'随意租赁'的临时性安排，即公共土地上的不合法居民可以向当地的国有土地管理局申请保留不超过320英亩的公共土地，但他要宣布不会对这块土地提出权利要求，还要发誓不会削弱土地价值，并在土地售出或政府把土地授予某人时和平地把土地的所有权交与购买人或承让人"[193]。1812年，众议院公共土地委员会的一份文件指出："从许多方面来讲，在公共土地上未经批准的混杂定居，都有害于公共利益。"[194]于是，国会连续10年一直在努力阻碍定居者优先权的实现。

尽管国会持反对态度，优先权的思路"只在个别孤立的案

例中得到采纳。只有在不会影响'从公共土地的分配中尽可能获取最多收入'的最高国策时，才会追循殖民地的先例"[⑮]。为了改变某位国会议员所造成的不平等状况，国会才于 1801 年通过了美国政府的首批优先权法案。18 世纪 80 年代末期，国会议员约翰·克里夫斯·西姆斯(John Cleves Symmes)和他的助手们购买了大量土地，然后把所有权不明的地块卖给不明真相的买主。然而很快，西姆斯无法付清这一大笔土地的购买款项，土地所有权又重新回到联邦政府手中。从 1792 年开始，居民们向国会请愿，要求得到正式的土地所有权凭证，"他们认为他们从约翰·克里夫斯·西姆斯及其助手那里买来土地，就有权拥有土地。"[⑯]国会等了 9 年，才在 1801 年为那些拥有书面合同的居民通过了一项特别的优先权法案。在这个法案中，国会"提供了与以前一样的无息贷款"[⑰]。而且，土地的价格同《1796 年土地法案》中规定的最低购买价一样，居民们也无需交纳最低保证金，付款还可以延期至 3 年以上。[⑱]

1803 年，国会批准了曾应用于肯塔基州和田纳西州的不合法居民的第一份土地优先权法案。重要的是，国会通过这项法案，"是为了弥补把土地授予外国人所造成的损失，并制止把土地赠与外国人时所引起的滥用权力的情况"[⑲]。这项法案"使 1803 年 3 月 3 日前的土地实际定居者有权以每英亩 2 美元的正常最低价格购买土地；1797 年西班牙撤退前的居民有权得到政府赠与的 640 英亩土地；而 1796 年时从英国或西班牙得到赠与地并提出权利要求的移民则会得到国家的承认"[⑳]。1808 年，国会通过了密西西比州领土上的优先权法案。1811 年，国会把土地赠与了在河流地区开垦土地的

居民。

国会议员们逐渐接纳关于财产所有权的不合法协定。1820年,国会通过《土地销售法案》,规定土地新的最低价为每英亩1.25美元,并要求以现金完成所有交易。这项新的法案还规定所有土地必须公开销售。在"因这项法案而起的讨论中,又引入了无数条有益于实际定居者的修正案"[㊿]。来自伊利诺伊州的参议员尼南·爱德华(Ninan Edward)"详述了联邦对不合法居民的政策:居民们在联邦政府的引导下非法定居;政府在执行反对'闯入者'的法律时采取了克制态度;非法定居不属于'应当受到阻止的错误行为';若干优先权法案已经为他人带来好处,政府还想把优先权用于土地的实际定居者。"[㊿]尽管国会在整个19世纪20年代一直反对源于不合法社会部门的权利,政治家们还是在逐步地、不经意地帮助少量居民获得了合法地位。1799—1830年,国会通过了33项特别优先权法案。尽管到1816年时,土地的总量刚超过21.1万英亩,特别的优先权法案已经为国会通过普遍的优先权法案打下了基础。

19世纪30年代,各地区在国会里就关税、西进运动和奴隶制延伸进入西部各州展开了激烈的辩论。西部各州和不合法居民开始展示他们不断增长的政治力量。至1830年,新加入美国的11个州里有7个位于西部,它们在华盛顿的代表完全支持有利于不合法居民的政策。为了赢得这些不断壮大的有影响力的集团的支持,东北部各州和东南部各州互相竞争,来证明他们曾支持过西部地区。[㊿]1806年,公共土地委员会"把不合法居民所遭受的痛苦归因于他们自己的轻率;1828年,还是这个委员会却发表了相反的观点。在提交给众议院

的一份报告中，这个委员会提出证据说，不合法居民为公共利益提供了有价值的服务，他们理应得到补偿"[104]。在报告的字里行间，一度令人担心的不合法居民现在变成了"借助于进取精神和勤奋，为自己和家庭在蛮荒地区建起家园的勇士，他们有权得到酬劳。不合法居民为公共土地的销售提供了便利，使人们竞相争取得到土地；要不是他们使土地增值，土地很可能一文不值，根本无人会买"[105]。

在杰克逊时代（Jacksonion Period），"随着参加选举和担当公职的财产资格限制最终消失和公立学校的普及，也由于国家不再对欠款者实行监禁并施行人性化的刑法典，再加上人们普遍对法官和律师充满敌意——许多美国人认为法官和律师是工业界新兴力量的代言人——人们越发地同情不合法居民的权利。"[106]处于这场变革中心地位的政治家、不合法居民和许多其他公民开始对国家的土地政策及其在造成地区冲突方面所起的作用表示质疑。"南部各州赞成奴隶制，反对保护性关税；而北部各州却希望实行保护性关税，反对奴隶制。西部各州认为公共土地属于土地所在的州，而东部各州则声称土地属于国家。由于对奴隶制、土地和关税、各州的权利和各州是否有权退出联邦等问题认识上的差距的影响"，国会议员们制定了全国性的法案，为移民们提供了一个使其能轻易地融入法律制度的机制。[107]

1830 年，来自西部和南部的国会议员联合起来，通过了一份普遍的优先权法案，应用于"1829 年时占有公共土地并在上面耕作的每一位居民"[108]。法律规定，每位居民可以以每英亩 1.25 美元的价格申请购买 160 英亩土地，其中包括他原先占有的土地。购买土地的款项必须在土地交付公开拍卖前

结清，并严格禁止转让或出售优先权。这一法案只是不合法居民的局部胜利，它仅应用于那些在该法案颁布时非法占有土地的居民，而且一年后就期满失效了。更糟糕的是，联邦国有土地管理局把法律解释成仅适用于那些已经测量过的土地，这就阻止了几千名不合法居民获得优先权。“例如，在伊利诺伊州和阿肯色州，当优先权法案于1831年到期失效时，测量地图和结果还没有送达土地管理局，使几千名不合法居民无法获得土地的所有权。”[38]

如同大多数之后的土地法案一样，国会无意间鼓励了对1830年《优先权法案》条款的滥用。例如1830年《优先权法案》第二部分规定，如果两个移民都对同一块土地作出过改进，两个人可以把这块土地平分——称之为“暂授地”——这时两人都有权申请得到额外的80英亩土地。投机商看到有机可乘，很快开始筹划利用“暂授地”为自己谋利。“在密西西比州和路易斯安那州，富有的种植园主雇佣个别移民在同一块土地上定居，然后购买他们对这块土地和暂授地的优先权……有时，为了获得暂授地，佃户、甚至奴隶都被雇来在土地上定居。”[39]

国会还分别在1832年、1838年和1840年重新执行1830年的普遍优先权法案。每次重新执行时，国会都尽量承认一直到社会最底层的不合法居民的权利，同时努力制止滥用优先权原则的行为。例如，1832年《优先权法案》把不合法居民必须购买160英亩土地的最低限额降到40英亩。《1838年优先权法案》宣布优先权暂授地为非法。从那时起，如果两个移民都对同一块土地提出权利要求，他们就只能把所有权平分。而且，国会在通过这些优先权法案的时候，对居民们的许

多轻率行为熟视无睹——最明显的行为是那些被每一份优先权法案都明令禁止的“非法”权利申请俱乐部(和它们的各种保护性措施)。

1838年,有谣言传到国会,称:“土地出售时的公开拍卖制度出现了问题,想购买土地的人根据协定组织起来,把大块土地的销售价压到最低,然后把每人预先确定的部分交给个人。”[31]为了避免向不合法居民摊牌所造成的风险,联邦政府不仅不理会权利要求协会的主宰地位,而且对它们的存在视而不见。为了回答国会希望得到有关“由公共土地的人侵者组成的协会”的情况,财政部长的代表詹姆斯·惠特科姆(James Whitcomb)发表声明说:“不知道有这种情况的存在。”[32]此外,国会还在1832年批准了另一份有明确时间限制的优先权法案,公开允许出售或分配优先权。尽管国会没在文件中说明这样做的原因,但这种做法表明,立法机关正准备把权利要求协会已经在公共土地上建立起来的各利权利和协定合法化。

到1841年的时候,优先权原则已经牢固地确立下来,国会还通过了一项全面的优先权法案。重要的是,1841年《优先权法案》不仅影响了现有的不合法居民,还涵盖了“此后所有在公共土地上定居的人”[33]。“1841年法案中惟一值得一提的限制就是,‘在定居前要先对土地进行测量’这一条款不适用于1853年时加利福尼亚的公共土地,也不适用于其他各州另外10年间的公共土地。”[34]

1862年,美国国会通过了著名的《宅地法》。根据一位研究美国土地发展情况的历史学家所说,《宅地法》“代表了拥护自由的土地分配政策的人的最后胜利,因为它使移民只要同

意在土地上定居和发展就可以免费获得 160 英亩土地"[215]。这个法案限制了人口数量超过 21 名的家庭和组织，并限制那些有可能变成一个家庭的公民。作为交换，有可能变成农场所有权人的移民必须交纳一笔手续费和登记费，并发誓他会在这块土地上生活和耕种。经过连续居住 5 年后，就会发给他所有权凭证。如果"农场所有权人需要早日得到凭证用于抵押，或者想卖掉财产，他有权依法保留优先权并将地买回"[216]。

撇开《宅地法》在历史上的名声不谈，它事实上代表了美国在把不合法的所有权协定正规化的转变中一个虎头蛇尾的结局。尽管"根据任何标准，出现接近 40 万座农场、把几百万英亩的土地交给农业家庭，都是一个伟大的成功……但从法案的预期目标来讲，这只是一个有限的胜利"[217]。事实上，1862—1890 年，"美国的人口增加了 3 200 万，但大约只有 200 万人居住在根据《宅地法》申请成立的 372 649 座农场上。"[218]

然而，《宅地法》可以被看做是把不合法的协定纳入法律的过程中一个重要的里程碑。正规法律最终接纳了移民们的许多不合法协定，并将其合法化——这成了美国大多数人的准则，而不是什么例外情况。因此，"《宅地法》在分配土地方面的有限成功是因为，(到 19 世纪 70 年代时)还有许多其他途径可以获得公共土地的(正规的)所有权凭证。"[219]《宅地法》标志着少数有产阶级的法律与大量的人口迁移和开放的、可持续的社会所需要的新秩序之间一场漫长的、精疲力竭的、痛苦的斗争的结束。

没有一个国会议员能否定边疆几千个社区里的不合法现

象的影响。在共和国的早期时候，法律制度试图适应新的定居情况；到19世纪末，正是这些定居者的不合法所有权协定决定了发展的步伐。一位国会议员悲痛地说："旧的土地制度基本上被打破了……我们只能把优先权交给非法移民。我们不是在为他们制定法律，而是在他们向落基山脉或者太平洋方向寻求发展时，跟在他们的身后弥补法律的不足。"[25]最终，这场角逐证明，正规的法律制度是和市场经济联系在一起的；如果它不接纳大多数关于资产的不合法权利、无法使资产可以互换或者无法使资产的所有人对一个更大的市场负起责任，就无法有效地发挥作用。

● 采矿法

在加利福尼亚发现黄金之后，矿工们遇上了一个别的边疆地区都没有出现的法律情况。例如，加利福尼亚"有很多政府赠与墨西哥人的土地，差不多占总面积的9%，而剩下的大多数是沙漠、山脉，或者人迹罕至之地"[26]。尽管如此，矿工们"看不到篱笆，看不到土地测量员"，也看不到法律，但他们拥有"美国土地政策长久以来的两个基本传统——优先权和土地占有者对土地增值部分的所有权"[27]。

"在淘金热时代的加利福尼亚以及在接下来的矿业投机时期的其他西部各州，大部分矿区都由联邦政府所有。"[28]不过，问题是，联邦政府还没有研究制定出一套关于采矿权的基本法律。早在1785年，《西北法案》规定，政府可以"保留三分之一的金、银、锡和铜矿资源，用于出售或将来根据国会的指示进行分配"[29]。在接下来的65年里，国会相继通过了保留盐泉和盐沼、出租矿山的立法，还把优先权授予了伊利诺伊、阿肯色、威斯康星和密歇根的矿工组织。[30]然而，这样的立法

通常只限于当地,应用范围有限。此外,国会还在1841年《优先权法案》中清楚地排除了"矿山"。把这些法案加起来也并没有为一个统一的矿业法律体制提供出基础或原则,这就使所有的矿工都变成了"加利福尼亚公共矿区上的非法入侵者,政府因此决定不执行这个法案"[25]。

这样,地区采矿条例成了当地的法律。自从1849年发现黄金之后,加利福尼亚"就出现了800多个分离的、非正式'司法'管辖权限,每个管辖权限都有自己的章程"[27]。诉讼人"因此可以在采矿权、水源权之类的纠纷上引用风俗习惯作为证据。科罗拉多和其他各州加以效仿,对矿区的传统表示尊重"[28]。历史学家查尔斯·霍华德·希恩(Charles Howard Shinn)指出:"外部力量没有把镇长、理事会和地方治安官强加给矿区。在许多地方,矿区是继各州出现很久以后才出现的政治组织单位;相邻矿区的代表经常会面协商关于边界或当地政府的事宜,并在山坡或河岸上召开露天大会,向各自的选民进行报告。"[29]

大多数政治家的态度和他们早期对不合法居民的反感态度不同,他们对矿工表示支持。1861年,加利福尼亚高等法院法官鲍德温(Baldwin)在戈尔(Gore)起诉麦克布莱耶(McBreyer)一案中,对矿工们的不合法协定的合法性评论说:"普遍的情况是,不管是在公共会议上,还是在事后得到通知的时候,矿工们一致拥护地方性法律;这些法律被认为是该地区的行为准则——除非其中包含有欺骗的成分或者其他与法律抵触的条款。"[30]

政治家们容易接受矿工的一个原因在于,采矿条例的原则、立法思路和制定程序通常和现行法律没有太大的差别。

例如,“当矿工依照采矿业的原则和习惯提出权利要求、并实际控制着部分有明确界限的申请标的物的时候,他就对整个标的物拥有所有权。这看上去差不多就是对法律上‘非法占有’条款的应用。”[20]一位代表矿工的律师就矿工们的“法律”与正式财产所有权法相似并进一步简化的情况进行了探讨:

> 根据矿工们的法律,发现矿山的人就是他自己的执行官,使他可以占有土地,为他自己颁发所有权凭证、划定疆界,并宣布自己为所有权人……公告书代表了书面申请,标定疆界是为了方便土地测量,采矿法相当于对矿工权利的承认,在当地官员处的记录相当于给土地进行了登记。惟一的负责部门就是代表矿工的公共会议,它所制定的法律是不可变更的。[21]

结果,在19世纪50年代,国会“非常不愿意采取行动去控制西部的矿产资源,也许是由于矿区的自治结构符合当时的政治观点,或者是由于国家当时被奴隶制问题、南部各州退出联邦的威胁搞得不可开交”[22]。“最重要的是,国会没采取行动,这就使加利福尼亚的矿工和矿区条例的准则“增加了可靠性,但并不是官方的认可。”[23]

然而,到了19世纪60年代,地方冲突、对资金的需求、投资者对加利福尼亚、内华达和科罗拉多的关注,迫使国会把矿工们的几千种“法律”纳入一个统一的制度。在这一过程中,投资者对土地所有权凭证的关注发挥了显著的作用。一位当代评论家指出:“(由于缺乏一套官方的采矿法律),投资者不

愿花钱去挖掘代价昂贵的坑道、安装机械、建造房屋或证明矿脉，因为根据矿工们的法律，矿脉可以根据它的富矿程度无限地细分成小块。”[25]由于内战，联邦政府开始认真地考虑规范在联邦土地上采矿的方法。[26]根据矿业历史学家约翰·莱西所说，来自西部的国会议员的担心是，“矿工们呼吁保障所有权凭证的安全，并要求得到以合理的价格购买矿区的权利。”[27]

1866年，国会通过第一份采矿法案，宣布正式开放全国的矿区，让美国公民开采。法律清清楚楚地指出的，开采矿产要根据不抵触美国法律的“地方风俗习惯或者若干个矿区的矿工们的规定”进行。正如一位历史学家指出的，第一份采矿法案的重要之处在于，“法案的内容直接来自于1852年12月20日加利福尼亚内华达州格拉斯瓦利矿区和1860年3月4日内华达州斯托里县戈尔德曼顿矿区的采矿条例。”[28]在通过这项法案的时候，国会是这样评价美国的不合法协定的传统的：

> 基本上，人们尽最大能力创造的这个制度，在最大程度上表明了美国人民建立帝国和秩序的特殊天分，应该保留下来并予以肯定。它的伟大之处之一在于，它体现了民众主权观念，让我们不是破坏、而是为这个制度盖上了国家权力和无可置疑的权威的标记。[29]

新的联邦采矿法案是美国法律制度上一个非凡的突破：美国明明白白地承认了诞生于官方法律之外的社会契约的合法性。1866年的采矿法的确融合了定居者通过优先权和定

居权利申请所获得的一些原则和权利。例如,法律把专利权延伸到任何为权利申请标的物付出了 1 000 美元的劳动和使其得以增值的人或组织身上,并适用于测量和未测量过的土地。这一趋势很明显:法律已经清清楚楚地承认,它需要鼓励和保护资产上的附加价值。[39]

因此,“联邦政府基本上暂时同意了矿区的风俗和实际情况,违反矿区规定的行为被视作违反联邦法律”[40]。尚称不上完善的 1866 年《采矿法案》“变成了矿工们的基本法”[41]。一位当代评论员对法律把不合法权利纳入正规的法律制度的重要性进行了评价:“整个斗争的结果就是,使矿工们得到了所有的矿产和一些有益他们身心健康的、关于掌握矿产和工作情况的条例。这些条例并不违反现行的采矿法,而只会使整个法律制度获得统一和一致性。”[42]

1872 年 5 月 10 日,国会通过了普遍的采矿法案,奠定了今天的美国采矿法的基本正式结构。当国会通过这项法案时,“它并没有改变现行的 1866 年《采矿法案》的基本原则”[43]。的确,这项法案保留了 1866 年《采矿法案》的两个最重要的基本原则:“承认采矿法,承认矿工们对矿区进行增值后就有权以合理的价格向政府购买所有权凭证。”[44]在 20 多年的时间里,矿工们通过不合法途径产生的权利和协定被融入一个新的正规制度里。就连一向对不正规权利充满敌意的美国联邦最高法院也在詹尼森(Jennison)诉柯克(Kirk)一案中重新确认了 1866 年和 1872 年法案的有效性。最高法院说,这两项法案“使根据地方风俗、法律和法院决议得到的所有权获得了政府批准……并承认政府有义务尊重个人通过政府的同意和批准所获得的权利。这并不是要推出新的制度,

而是对一个业已建立的制度进行承认和规范，并把它赋予所有与之联系的人”[69]。到19世纪80年代时，1872年《采矿法案》取得了彻底的胜利，“矿区条例和习惯在很大程度上已经变成了历史文物。”[70]

政治家们在使立法者普遍接受优先权的时候经历了一个漫长而痛苦的斗争；与之不同的是，政治家们在创立联邦采矿法案的时候，很快就认识到了把地下法律的产物纳入国家正规法律制度的价值。

完全是一场革命

在18、19世纪的美国，不合法的企业家和居民随处可见。根据阿米莉亚·福特所说：“这种现象有一定的道理。对土地的占有和改良最终被认为是所有权凭证的有效基础；经过许多斗争，原先的风俗变成了法律。”[71]然而，“（由联邦、州和地方政府）所造成的复杂的土地问题长期得不到解决，使居民们对所有权凭证产生了很大的迷惑和不安、以及巨额开销。”[72]税收滞纳、有争议的分配销售计划、取消赎回抵押品的法令、留置权及互相排斥的权利要求造成了很多实际的社会难题，有待不合法居民和各州政府、立法机关加以解决。

18、19世纪时，政治家对政府各种措施细节的讨论要留给历史学家们研究。从发展中国家和前共产主义国家完成向资本主义转变的角度来看，美国经验的重要性不可忽视。在我所说的历史阶段里，美国开始上升成为世界上最重要的市场经济国家和资本输出国。正如戈登·伍德强调的：“社会和文化中正在发生重大的事情，把普通人的热情和动力释放出来。这在美国历史上前所未有。”[73]

在我看来，这个重大的事情就是把权利发展成为财产所有权。美国人并没有充满热情地或者有意识地去做，而是渐渐地接受了最贫穷的美国人所创造的所有权标准和协定，把它们纳入到土地法案中，使人们可以把全部的资产转化成资本。这项工作并不容易，也不会进行得很快，也常有暴力情况发生。但美国的经验让我们想像出一幅很类似于今天的第三世界国家和前共产主义国家的情况。它们也活在一个充满矛盾的世界里；一位历史学家是这样描述的："当矿工们走出小木屋去上工的时候，他应用的是工业科技的最新成果；当农民们走出草棚下地的时候，他通常使用的也是最现代的农业机械。"[63]第三世界国家和前共产主义国家的人民同样也生活和工作在破旧的建筑物里，与之共存的是世界上许多现代化的便利设备和设施。

但他们（和美国 19 世纪时的矿工和农民一样）没有合法的权利，用于把所掌握的资产纳入正规法律制度，使其能享有创造资本的六种机制。在我看来，很显然，推动美国经济发展的"重大"变化是，美国的矿工和农民有能力通过占地法案、优先权法案、宅地法和采矿法案来建立新的所有权概念，"这一概念强调的是所有权与经济发展相联的动态的一面"，是对"在快速发展变化中保持所有权稳定"概念的挑战。[64]通过这种做法，美国的政治家使美国人的资产可以互换，使拥有资产的人负起责任。其结果是，促进了美国自 19 世纪以来所经历的爆发性的经济发展所需的市场扩大和资本的创立。

最后，美国向正规化法律制度转变的经验教训也许并不详尽，而只是我们能分辨出来的一股法律潮流和政治态度。美国政治家在通过法律容纳不合法的人口时，表达了一个革

命性的观念："社会需要是赋予所有法律制度活力的本质内容。"[23]他们然后以多种方式，以社会底层的美国人的经验和他们所创造的不合法协定为基础，为美国的法律制度注入了生命，同时抵制了那些不适应美国特色的英国习惯法原则。在融会不合法财产所有权的漫长而艰苦的过程中，美国的立法者和法学家创造出了一个更加符合有创造力的、动态的市场经济所需要的新法律制度。所有这些过程从本质上构成了一场革命，这场革命诞生于人民大众要把政府发展成为一个系统化的、专业化的正规结构的普遍期望。

在新世纪之初，在第三世界国家和前共产主义国家里开展一场类似的所有权革命有它自己独特的需要、阻碍和机遇，还有通讯业、信息科技、快速发展的城市化之类的革命需要面对，但基本的解决方法是一样的。今天，在许多发展中国家和前共产主义国家，合法的所有权制度就像在美国西部历史上一样，并不适应于大多数人的生活和工作方式。是什么样的法律制度隔开了全世界80%的人口？他们面临的挑战就是要修正法律上的不足。美国的经验明白无误地指出，修正法律上的不足需要三个因素：找到真正的所有权社会契约、调整法律与这一契约相适应、研究出政治策略使这些变革成为现实。政府如何面对这些挑战是下一章的主题。

注释：

① 弗朗西斯·菲尔布里克，《变化中的所有权法律的观念》，载《宾夕法尼亚大学法律评论》第86期，第691页，1938年5月。

② 保罗·汤普森，《过去的声音》，载《口头历史读者》，第21页（罗伯特·珀克斯和阿利斯泰尔·汤姆森编辑，伦敦劳特利奇出版社，1998年）。

③ 要根据所有权和土地对这个现象进行有益的讨论，请参看唐纳德·J·皮萨

尼,《美国西部的水、土地和法律:1850—1920年公共政策的局限性》,第51页(劳伦斯,堪萨斯大学出版社,1996年)。

④ 理查德·柯伦特(Richard Current)编辑,《美国历史调查》第7版,第246页(纽约克诺夫出版社,1987年)。

⑤ 同上书,第246页。

⑥ 马克·赖斯纳(Marc Reisner),《卡迪拉克沙漠:美国西部和逐渐消失的水源》,第3页(纽约,企鹅书局,1986年)。

⑦ G·爱德华·怀特(G. Edward white),《美国司法传统》,第48页(纽约,牛津大学出版社,1976年)。

⑧ 帕特里夏·纳尔逊·利默里克,《侵略的遗产:美国西部永不割舍的过去》,第60页(纽约,W·W·诺顿公司,1987年)。

⑨ 同上书,第60页。

⑩ 保罗·盖茨,《未开发的堪萨斯土地和信用问题》,载《堪萨斯历史季刊》第31期,1965年春季,第41页。

⑪ 同上书,第48页。

⑫ 利默里克,《侵略的遗产:美国西部永不割舍的过去》,第60页。

⑬ 劳伦斯·M·弗里德曼(Lawrence M. Friedman),《美国法律史》第2版,第242页(纽约,西蒙和舒斯特出版社,1985年)。

⑭ 同上书,第242页。

⑮ 皮萨尼,《水、土地和法律:1850—1920年公共政策的局限性》,第51页。

⑯ 阿米莉亚·福特,《1800年我国土地制度中的殖民先例》,第119页(费城,波丘派恩出版社,1910年)。

⑰ 皮萨尼,《美国西部的水、土地和法律:1850—1920年公共政策的局限性》,第52~53页。

⑱ 约翰·菲利普·里德,《巨大的代价:西进之旅中的所有权和民事裁定》,载亨廷顿图书馆季刊(XLI,1977年),第50~51页。

⑲ 皮萨尼,《美国西部的水、土地和法律:1850—1920年公共政策的局限性》,第52页。

⑳ 同上书,第57页。

㉑ 约翰·莱西,《采矿法的历史概况:矿工们的"法律"变成了法律》,见《1872年的采矿法》,第26页(华盛顿特区,国家公共利益法律中心,1984年)。

㉒《1800 年我国土地制度中的殖民先例》,第 116 页。

㉓ 亨利·W·塔特(Henry W. Tatter)的博士论文《1841 年前美国空置土地主要分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 273 页,西北大学,1933 年。

㉔ 同上书,第 287 页。

㉕ 同上书,第 278 页。

㉖ 哈里·沙伊贝尔(Harry Scheiber),《在法律和经济历史的边缘:威拉德·赫斯特的贡献》,载《美国历史评论》第 75 期,1970 年 2 月,第 748 页。

㉗ 詹姆斯·威拉德·赫斯特,《法律和经济的发展:1836—1915 年威斯康星州木材行业的合法历史》,第 123 页(剑桥 1964 年)。

㉘《1800 年我国土地制度中的殖民先例》,第 126 页。

㉙ 同上书,第 126 页。

㉚ 塔特,《1841 年前美国空置土地主要分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 316 页。

㉛ 皮萨尼,《美国西部的水、土地和法律:1850—1920 年公共政策的局限性》,第 81 页。

㉜ 怀特(White),《你的不幸与我无关:美国西部的新历史》,第 141 页(诺曼,俄克拉荷马大学出版社,1991 年)。

㉝ 塔特,《1841 年前美国空置土地主要分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 69 页。

㉞ 怀特,《你的不幸与我无关:美国西部的新历史》,第 139 页。

㉟ 同上书,第 143 页。

㊱ 理查德·E·梅西克(Richard E. Messice),《美国优先权法案的历史》,为自由与民主学会准备的报告草稿,第 2 页。

㊲ 伯曼(Berman),《法律与革命》,第 556~557 页。

㊳ 戴维·舒尔茨(David Schultz),《所有权、权利和美国民主》,第 32 页(新不伦瑞克,交易出版社,1992 年)。

㊴ 托马斯·阿尔马哥(Tomá's Almaguer),《种族的断层线:加利福尼亚白人统治地位的历史起源》,第 29 页(伯克利,加利福尼亚大学出版社,1994 年)。

㊵ 美洲印第安人习惯上用事物给人冠名,"小大角羊"、"沙河"、"受伤的膝盖"、"坐着的公牛"、"疯马"和下文的杰罗尼摩一样,都是当时比较著名的印第安部落酋长的名字。——译者注

㊶ 道格拉斯·W·艾伦(Douglas W. Allea),《宅地法和所有权,或者说,"西部到底是如何赢得的"》,载《法律和经济杂志》第34期,1991年4月,第11～12页。

㊷ 利默里克,《侵略的遗产:美国西部永不割舍的过去》,第27页。

㊸ 德里克·贝尔(Derrick Bell),《白人的所有权——法律遗产和经济代价》,载《挑剔的种族理论:刀刃》,第80页(理查德·德尔盖多(Richard Delgado)编辑,费城,坦普尔大学出版社,1995年)。

㊹ 詹姆斯·威拉德·赫斯特,《美国的法律和社会秩序》,第231页(伊萨卡,科内尔大学出版社,1977年)。

㊺ 怀特,《美国司法传统》,第48～49页。

㊻ 舒尔茨,《所有权、权利和美国民主》。

㊼ 伯纳德·贝林,《英国北美殖民地的人民》,第5页(纽约,1986年)。

㊽ 彼得·查尔斯·霍弗,《殖民地时期美洲的法律和人民》,第1～2页(巴尔的摩,约翰·霍普金斯大学出版社,1998年)。

㊾ 同上书,第12页。

㊿ 同上书,第11页。

(51) 同上书,第15页。

(52) 戴维·托马斯·康尼格,《社区风俗和习惯法:马萨诸塞地区17世纪时期的社会变革和土地法律的发展》,载克米特·霍尔(Kermit Hall)编辑,《美国历史上的土地法律和房地产:对历史的重要诠释》,第319～320页(纽约,加兰出版社,1987年)。

(53) 同上书,第320页。

(54) 同上书,第323页。

(55) 同上书,第324页。

(56) 柯伦特,《美国历史调查》,第149页。

(57) 保尔·盖茨,《边疆牧场上的地主与佃户》,第13页(伊萨卡,康奈尔大学出版社,1973年)。

(58) 同上书,第16页。

(59) 同上书,第16页。

(60) 盖茨,《边疆牧场上的地主与佃户》,第24页。

(61) 弗里德曼,《美国法律史》,第241～242页。

(62) 约翰·莱西,《采矿法的历史概况:矿工们的"法律"变成了法律》,第17页。

㊸ 罗伯特·W·斯温森(Robert W. Swenson),《美国采矿法的起源和发展》,载马修·本德(Matthew Bender)编辑的《美国采矿法》,第19页(纽约,洛基山采矿法协会,1960年)。

㊹ 皮萨尼,《美国西部的水、土地和法律:1850—1920年公共政策的局限性》,第52页。

㊺ 利默里克,《侵略的遗产:美国西部永不割舍的过去》,第65页。

㊻ 皮萨尼,《美国西部的水、土地和法律:1850—1920年公共政策的局限性》,第69页。

㊼ 同上书,第69页。

㊽ 福特,《1800年我国土地制度中的殖民先例》,第112~113页。

㊾ 同上书,第114页。

㊿ 康尼格,《社区风俗》,第325页。

⑦¹ 同上书,第325页。

⑦² 索科尔斯基(Sokolski),《美国的土地所有制和土地税》,第191页(纽约,沙尔肯巴克协会,1957年)。

⑦³ 同上书,第191页。

⑦⁴ 塔特,《1814年前美国空置土地主要分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第23页。

⑦⁵ 同上书,第23页。

⑦⁶ 福特,《1800年我国土地制度中的殖民先例》,第89~90页。

⑦⁷ 同上书,第126页。

⑦⁸ 同上书,第126页。

⑦⁹ 同上书,第103页。

⑧⁰ 同上书,第103页。

⑧¹ 同上书,第128页。

⑧² 同上书,第129页。

⑧³ 同上书,第130页。

⑧⁴ 塔特,《1814年前美国空置土地主要分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第40~41页。

⑧⁵ 斯坦利·莱贝格特(Stanley Lebergott),《啊,先锋:中西部的土地规划和发展》,第39页,载戴维·C·克林曼和理查德·K·维德(Richard K. Vedder)编辑,《对

旧中西部地区经济的评论》(阿森斯、俄亥俄大学出版社,1987年)。

㊱ 索科尔斯基,《美国的土地所有制和土地税》,第192页。

㊲ 同上书,第193页。

㊳ 同上书,第193页。

㊴ 同上书,第193～194页。

㊵ 莱贝格特,《啊,先锋:中西部的土地规划和发展》,第39～40页。

㊶ 同上书,第39～40页。

㊷ 同上书,第40页。

㊸ 道格拉斯·W·艾伦,《宅地法和所有权,或者说,"西部到底是如何赢得的"》,第6页。

㊹ 柯伦特,《美国历史调查》,第149页。

㊺ 特里·L·安德森(Terry L. Anderson),《第一场私有化运动》,第63页,载《对旧中西部地区经济的评论》。

㊻ 柯伦特,《美国历史调查》,第150页。

㊼ 罗伊·M·罗宾斯(Roy M. Robbins),《优先权——边境开拓者的胜利》,载《密西西比峡谷地区的历史回顾》1931年12月第18卷、第333～334页。

㊽ 同上书,第333～334页。

㊾ 福特,《1800年我国土地制度中的殖民先例》,第117页。

⑩⓪ 同上书,第117页。

⑩① 莱贝格特,《啊,先锋:中西部的土地规划和发展》,第40页。

⑩② 同上书,第40页。

⑩③ 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第12页。

⑩④ 利默里克,《侵略的遗产:美国西部永不割舍的过去》,第59页。

⑩⑤ 同上书,第59页。

⑩⑥ 怀特,《你的不幸与我无关》,第140页。

⑩⑦ 同上书,第140页。

⑩⑧ 莱贝格特,《啊,先锋:中西部的土地规划和发展》,第44页。

⑩⑨ 同上书,第41页。

⑪⓪ 同上书,第44页。

⑪① 同上书,第44页。

⑪② 理查德·E·梅西克,《土地权和美国经济发展》,为自由与民主学会准备的

报告草稿，第 44 页。

⑬ 怀特，《你的不幸与我无关》，第 146 页。

⑭ 同上书，第 146 页。

⑮ 同上书，第 146 页。

⑯ 莱贝格特，《啊，先锋：中西部的土地规划和发展》，第 40 页。

⑰ 安德森，《第一场私有化运动》，第 63 页。

⑱ 皮萨尼，《美国西部的水、土地和法律：1850—1920 年公共政策的局限性》，第 69 页。

⑲ 同上书，第 69 页。

⑳ 阿伦·博格，《衣阿华州权利要求俱乐部：象征与实质》，第 47 页，载弗农·卡斯坦森（Vernon Carstensen）编辑，《公共土地：公共领地的历史研究》（麦迪逊，威斯康星大学出版社，1963 年）。

㉑ 皮萨尼，《美国西部的水、土地和法律：1850—1920 年公共政策的局限性》，第 53 页。

㉒ 同上书，第 63 页。

㉓ 怀特，《你的不幸与我无关》，第 141 页。

㉔ 塔特，《1814 年前美国空置土地主要分配办法中实际定居者的优惠待遇》，第 280 页。

㉕ 特里·安德森和 P·J·希尔（P. J. Hill），《美国无政府资本主义的实验：不太野蛮的西部》，第 15 页，载《自由主义意志者研究杂志》1979 年第 3 卷。

㉖ 博格，《衣阿华州权利要求俱乐部：象征与实质》，第 49～50 页。

㉗ 安德森和希尔，《美国无政府资本主义的实验：不太野蛮的西部》，第 15 页。

㉘ 博格，《衣阿华州权利要求俱乐部：象征与实质》，第 15 页。

㉙ 同上书，第 51 页。

㉚ 同上书，第 54 页。

㉛ 怀特，《你的不幸与我无关》，第 141 页。

㉜ 博格，《衣阿华州权利要求俱乐部：象征与实质》，第 55 页。

㉝ 同上书，第 51 页。

㉞ 同上书，第 50 页。

㉟ 同上书，第 50 页。

⑯ 同上书,第 52 页。

⑰ 塔特,《1814 年前美国空置土地主要分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 276 页。

⑱ 博格,《衣阿华州权利要求俱乐部:象征与实质》,第 54 页。

⑲ 怀特,《你的不幸与我无关》,第 147 页。

⑳ 同上书,第 436 页。

⑪ 莱西,《采矿法的历史概况:矿工们的"法律"变成了法律》,第 21 页。

⑫ 同上书,第 22~24 页。

⑬ 同上书,第 22 页。

⑭ 同上书,第 22 页。

⑮ 同上书,第 23~26 页。

⑯ 同上书,第 24 页。

⑰ 同上书,第 25 页。

⑱ 同上书,第 25 页。

⑲ 同上书,第 25 页。

⑳ 哈伍德·欣顿(Harwood Hinton),《联邦的思索:沃克矿区研究》,第 245 页,载《太平洋历史回顾》1960 年 8 月第 29 期。

㉑ 塔特,《1814 年前美国空置土地分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 294 页。

㉒ 康尼格,《社区风俗和习惯法》,第 327 页。

㉓ 福特,《1800 年我国土地制度中的殖民先例》,第 129 页。斜体字是我加上去的。

㉔ 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第 7 页。

㉕ 盖茨,《边疆牧场上的地主与佃户》,第 21 页。

㉖ 莫顿·霍维茨,《美国法律的转变:1780—1860 年》,剑桥:哈佛大学出版社,1977 年,第 61 页。

㉗ 盖茨,《边疆牧场上的地主与佃户》,第 21 页。

㉘ 同上书,第 21 页。

㉙ 同上书,第 14 页。

㉚ 同上书,第 27 页。

㉛ 同上书,第 33 页。

(162) 同上书,第 66 页。

(163) 盖茨,《边疆牧场上的地主与佃户》,第 37 页。

(164) 同上书,第 31 页。

(165) 同上书,第 31 页。

(166) 同上书,第 33 页。

(167) 怀特,《你的不幸与我无关》,第 139 页。

(168) 盖茨,《边疆牧场上的地主与佃户》,第 46 页,《国会记录:第 43 届国会记录,第一次会议,1603 号》,1874 年 2 月 18 日。

(169) 盖茨,《边疆牧场上的地主与佃户》,第 44 页。

(170) 保罗·盖茨,《被重重围困的加利福尼亚定居者》,第 115 页,载《加利福尼亚历史学会季刊》1962 年 6 月,第 41 期。

(171) 塔特,《1814 年前美国空置土地分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 265 页。

(172) 理查德·E·西克,《美国优先权法案的历史》,第 2 页。

(173) 同上书,第 6 页。

(174) 同上书,第 6 页。

(175) 康尼格,《社区风俗和习惯法》,第 339 页。

(176) 同上书,第 349 页。

(177) 同上书,第 339 页。

(178) 1642 年《第 33 号法案》,见威廉·亨宁(William Hening)编辑的《弗吉尼亚议会第一次会议以来法案汇编》(纽约,1823 年),第 134 页。

(179) 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第 7 页。

(180) 福特,《1800 年我国土地制度中的殖民先例》,第 124 页。

(181) 同上书,第 124 页。

(182) 同上书,第 132 页。

(183) 同上书,第 126 页。

(184) 同上书,第 134 页。

(185)《联邦土地管理局成立前,在前任和现任政府治下调整和解决权利申请人对无主土地的要求的法案》,见威廉·亨宁编辑的《弗吉尼亚议会第一次会议以来法案汇编》(里士满,1822 年),第 40 页。

(186) 福特,《1800 年我国土地制度中的殖民先例》,第 139~140 页。

(187) 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第 9 页。

(188) 塔特,《1814 年前美国空置土地分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 91～92 页。

(189) 同上书,第 97 页。

(190) 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第 10 页。

(191)《1796 年 5 月 18 日法案》,见约瑟夫·斯托里编辑《美国国会通过的公共和普通成文法规,含 1789—1827 年》(波士顿:1828 年)。

(192) 塔特,《1814 年前美国空置土地分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 118 页。

(193) 同上书,第 120 页。

(194) 同上书,第 125 页。

(195) 同上书,第 124 页。

(196) 同上书,第 112 页。

(197) 同上书,第 113 页。

(198) 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第 14 页。

(199) 塔特,《1814 年前美国空置土地分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 124 页。

(200) 塔特,《1814 年前美国空置土地分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第 124 页。

(201) 同上书,第 135 页。

(202) 同上书,第 136 页。

(203) 同上书,第 154 页。

(204) 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第 17 页。

(205) 同上书,第 17 页。

(206) 皮萨尼,《美国西部的水、土地和法律:1850—1920 年公共政策的局限性》,第 63 页。

(207) 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第 19 页。

(208)《1830 年 5 月 20 日法案》,见《美利坚合众国公共法案大全》第 4 卷(波士顿:1846 年)。

(209) 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第 21 页。

(210) 同上书,第 21 页。

⑪ 塔特,《1814年前美国空置土地分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第168页。

⑫ 美国国会众议院《根据优先权法律出售的土地》,第303号众议院文件,第25届国会第2次会议,1838年,第3页。

⑬《1841年9月4日法案》,见《美利坚合众国公共法案大全》第5卷,1856年。

⑭ 梅西克,《美国优先权法案的历史》,第26页。

⑮ 梅西克,《土地权和美国经济发展》,第45页。

⑯ 同上书,第46页。

⑰ 怀特,《你的不幸与我无关》,第143页。

⑱ 同上书,第143页。

⑲ 同上书,第145页。

⑳ 塔特,《1814年前美国空置土地分配办法中实际定居者的优惠待遇》,第169页。

㉑ 皮萨尼,《美国西部的水、土地和法律:1850—1920年公共政策的局限性》,第52页。

㉒ 盖茨,《被重重围困的加利福尼亚定居者》,第100页。

㉓ 哈罗德·克伦特(Harold Krent),《美国自发的民众主权》,为自由与民主学会准备的报告草案,第2页。

㉔ 本杰明·H·希巴德(Benjamin H. Hibbard),《公共土地政策的历史》,第512页(麦迪逊密尔沃基大学出版社,1965年)。

㉕ 同上书,第512~514页。

㉖ 约翰·昂贝克(John Umbeck),《加利福尼亚的淘金热:对财产权初期的研究》,《经济史研究》1977年第14期,第203~204页。

㉗ 莱西,《采矿法的历史概况:矿工们的"法律"变成了法律》,第26页。

㉘ 克伦特,《美国自发的民众主权》,第2~3页。

㉙ 同上书,第107页。

㉚ 戈尔诉麦克布莱耶案,引自莱西《采矿法的历史概况:矿工们的"法律"变成了法律》,第22页。

㉛ 同上书,第24~25页。

㉜ 同上书,第24页。

㉝ 同上书，第 29 页。

㉞ 同上书，第 30 页。

㉟ 同上书，第 30 页。

㊱ 克伦特，《美国自发的民众主权》，第 3 页。

㊲ 莱西，《采矿法的历史概况：矿工们的“法律”变成了法律》，第 35 页。

㊳ 14 Stat. 252，1866 年。

㊴ 莱西，《采矿法的历史概况：矿工们的“法律”变成了法律》，第 36 页。

㊵ 克伦特，《美国自发的民众主权》，第 36 页。

㊶ 同上书，第 3～4 页。

㊷ 斯温森，《美国采矿法的起源和发展》，第 41 页。

㊸同上书，第 37 页。

㊹ 莱西，《采矿法的历史概况：矿工们的“法律”变成了法律》。

㊺ 同上书，第 37～38 页。

㊻ 詹尼森诉柯克案。

㊼ 斯温森，《美国采矿法的起源和发展》，第 27 页。

㊽ 福特，《1800 年我国土地制度中的殖民先例》，第 140 页。

㊾ 麦茨，《土地和信用问题》，第 42 页。

㊿ 戈登·伍德，《创造美国的资本主义》，《纽约书评》1994 年 6 月 9 日，第 49 页。

(51) 怀特，《你的不幸与我无关》，第 270 页。

(52) 怀特，《美国司法传统》，第 48～49 页。

(53) 弗朗西斯·S·菲尔布里克，《变化中的所有权法律的观念》，《宾夕法尼亚大学法律评论》1938 年 5 月第 86 期，第 694 页。

第六章　法律制度上的不足

我迷失在伟大的巴比伦城……因为我没有钱。

——马努·查奥

几乎所有发展中国家和前共产主义国家都有正规的所有权制度。问题是，大多数人民无法进入这个制度，因为他们撞上了费尔南德·布罗代尔所说的“钟罩”——这是一个看不见的结构，西方国家从前曾借此来保护社会中小部分人的资本主义。我们已经从第二章中了解到，受到“钟罩”阻碍的人们的惟一选择就是带着资产到不合法的社会部门去生活和经营——只是无法把他们的资产转化成资本。

我们如何才能给世界上绝大多数的人口在资本主义游戏中繁荣起来的机会呢？很显然，我们必须打碎“钟罩”。然而，更重要的是，我们要明白，我们并不是率先进行这种尝试的人。正如我们将在本章里看到的那样，事实上，在过去的180年里，大多数发展中国家和前共产主义国家的政府已经努力地在对穷人开放所有权制度，但一无所获。目前，如果他们想

在曾经失败过的地方取得成功，就必须面对法律和政治上的挑战。

● 法律上的挑战

布罗代尔没有认识到，把大多数人同资本主义制度隔离开的"钟罩"不是玻璃做的，而是用法律做的。在"钟罩"内部，是少数借用西方国家的法律原则来掌握所有权的特权阶层；而"钟罩"之外是大多数人生活的地方，所有权被牢固地根植于不合法社会契约中的各种非正规协定的使用和保护。接受法律上的挑战就是要接触这类非书面形式的社会契约，并将其纳入合法的法律制度。这样就可以打破"钟罩"，建立起惟一的法律原则——西方国家很久以前就是这样开始创造适用于大多数人的资本主义制度的。

● 政治上的挑战

完成法律上的融合是一项政治任务，而不是什么法律或者技术上的问题。其原因如下：第一，法律通常关注保护所有权制度——这当然十分重要。但在发展中国家和前共产主义国家，法律的真正任务并非要保护现存的所有权制度，而是要让每个人都有权得到所有权。使人们得到这种"变形"的权利就要把人们从歧视他们的不当法律中解放出来。不管你如何看待，这是一项政治任务。第二，以经济上的特权阶层、律师和职业人员为主的这部分人数量很少，但非常有实力。他们的既得利益会阻挠任何变革——除非先说服他们。这就需要政治家们的出色技巧。

如果不先取得法律和政治上的前期胜利，没有一个国家能把穷人纳入综合的所有权制度，使他们的资产得到确认，使他们的资产能够互换，使他们能够创造出资本。如果没有正

规的所有权制度，无论人们积累了多少资产，也无论他们多么努力地工作，大多数人还是无法在资本主义社会中取得富庶地位，因为他们没机会引起政策决策者的关注。只要他们在不合法的社会部门里工作和掌握财产，就接触不到能不断更新的标准化所有权记录制度，因此也就无法从行政管理的角度上让人注意到他们的存在。政府部门的服务必然也会继续主要有利于那些正式登记在官方地址簿里的人。这也就解释了为什么说西方国家把大多数人纳入正规的所有权制度是一个重要的变革。

本章分为两个部分。在第一部分里，我要解释为什么发展中国家和前共产主义国家历史上的尝试均以失败告终，以及我们如何才能克服那些在西方国家没有先例的难题。但最重要的是，我要证明，人们能够接触到支持着不合法的“法律”的社会契约。人们往往以为“社会契约”是不可见的、神圣庄严的抽象物，只存在于洛克（Lock）、休谟（Hume）和卢梭（Rousseau）之类的空想家的头脑里。但我和同事们已经发现，不合法部门里的社会契约并不只是从社会行为引申出来的、隐晦的社会义务，它们还是由实实在在的人清清楚楚地记录下来的协定。结果是，人们能够实实在在地接触到这些社会契约，并且还能把它们组合成用于创造所有权和资本的制度。社会本身会承认并执行这一制度，因为这个新的制度将建立在社会中的大多数人都很满意的协定的基础上。

当任何国家试图把不合法协定纳入一个专业化、系统化的法律制度的时候，不可避免会出现反对的声音。我将在第二部分里大致描述一下处理这些反对意见的政治策略，并指出改革者如何把所有人——穷人、律师、职业人员和特权人

士——拉到他们的立场上。

在这一过程中,我还希望能证明:在发展中国家和前共产主义国家,所有权和创造资本的敌人既不是左派、也不是右派,而是一些拥护维持现状的"朋友"。他们在"钟罩"里住得很舒服,也明白他们的利益依赖于维持现状。他们会在行动上联合起来,反对前资本主义时期法律制度的转变——而这一转变对成功地实现向资本主义社会的过渡必不可少。

第一部分:法律上的挑战

根据现实状况,在非西方国家建立一套综合的正规所有权制度是不可能的。不合法的所有权协定分散在几十个、有时甚至几百个社区里;关于所有权和其他方面的资料也只有本社区的人或者邻居们才知道。如同我们在前一章节中看到的那样,发展中国家和前共产主义国家有必要像发达国家曾经做过的那样,建立起一个全国范围内的社会契约,建立起一个能表述所有资产的所有权制度,并用相互协调的标准化解释方法和机构来管理整个制度。分离的、松散的不合法所有权协定是大多数发展中国家和前共产主义国家的特色;这些协定必须纳入到同一所有权制度中——只有这样才能从这一制度中提取具有普遍性的法律原则。简而言之,正规法律制度之外的所有社会契约必须纳入到同一个全面的社会契约之中。

怎样才能做到这一点呢?政府怎样才能接触到地方性社会契约并从中发现不合法的所有权协定呢?这正是印度尼西亚内阁的五名成员摆在我面前的问题。当时,我正在印尼宣

传我上一本书的印尼语译本，内阁利用这个机会邀请我参加讨论，研究如何在90%的印尼人所生活的不合法社会部门中发现谁拥有什么财产。我担心，如果我用冗长的、提炼好的技术性解释来说明如何在不合法和合法的社会部门间建起一座桥梁，我会失去听众；于是我用另外一种方式——印尼方式来回答他们的问题。我曾在旅程中休息了几天去参观巴厘岛——这是地球上最美的地方之一。我在稻田里漫步，并不知道各人的田产边界在哪里。但是，狗知道。每当我穿过一个农场走进另一个农场，都有不同的狗在叫。狗也许不知道什么是正规的法律，但它们很清楚它们的主人控制着哪一块田产。

我告诉部长们说，狗掌握着他们要建立正规的所有权制度所需的基本资料。走遍城镇和乡村的街道，倾听狗的叫声，他们就能渐渐取得进步，理顺分散在全国各地的不合法表述的脉络，和处于社会统治地位的社会契约建立联系。“啊！”一位部长回答说，“Jukum Adat（人民的法律）！”

发现“人民的法律”基本上正是西方国家以前在建立正规的所有权制度时所做的工作。任何发展中国家或前共产主义国家的政府如果想把占社会统治地位的不正规协定纳入到国家的正规所有权社会契约里，都必须听一听狗的叫声。为了把各种形式的所有权融入统一的制度，政府必须了解地方性惯例的工作方式、起源以及它们到底有多大实力。

从“前资本主义”所有权制度到资本主义所有权制度的转变

如果西方发达国家没有把所有的所有权表述纳入到一个标准化的所有权制度，并使所有人都能接近这个制度，就不可

能对劳动力进行专业化分工，创造出扩大化市场网络，创造出为它们带来富裕的资本。为了发展经济，政府必须从分散的不合法所有权协定的现实状况上升到一个新的综合性体制；这一体制需要相互协调，使所有权及其交易确实能发展进入一个更为广阔的领域。

事实上，没有综合性的正规所有权制度，就不可能出现现代化的市场经济。非西方国家的市场相对缺少效率，在很大程度上是由于分散的所有权协定和缺少使资产和经济的代理人能够互相沟通的标准化所有权表述造成的。缺少综合性所有权制度不仅仅限制了合法的和不合法的社会部门的相互作用，而且还影响了穷人之间的交易。不受法律支配的社区目前确实在互相交流，但难度很大。它们就像一艘艘轮船在航行中互相以对方作参照，而不是根据一些通用的标准——例如星星或罗盘——来保持队形。

为了建立现代化的市场经济，有必要在法律制度中使用通用的标准。[1]赖诺尔德·诺伊斯(Reinold Noyes)指出：

> 人类的本性要求规律性和确定性，这就需要使简单的看法相互协调，因此才可以把这些看法具体化，使之变成肯定性的规则——变成"我们称之为'法律'的一整套教义或系统化的预测"……公众的实际利益导致人们要周期性地对法律制度进行不断的系统化完善。成文法律是人们摆脱非书面法律或者习惯法的神秘性和不确定性的要求。[2]

使人们从对依靠共识所达成的各种不合法行为实践向依

靠成文的合法制度转变是一个让人敬畏的任务。我们已经知道，这也正是西方国家从“前资本主义”的“简单的看法”向制度化的法律体制过渡时必须完成的任务。他们就是这样打破“钟罩”的。这些西方国家也许很成功，但它们并非总是能意识到自己的所作所为，因此并没有留下可供我们借鉴的清晰模型。

不过，我们确实知道，没有一个西方国家能够快速便捷地完成向正规的所有权制度的转变。历史上第一次有组织的财产所有权的表述记录起源于德国，那时正是上一个千禧年的开端，出现于14世纪东罗马帝国的皇帝引入古罗马法典之前。从那时起过了600年之后，到19世纪初期斯泰因-哈登伯格改革开始，所有德国人才能充分地接触到便利的综合所有权制度。我们在前一章中看到，美国在独立战争结束了一个多世纪后，才开始把官方认可的资产转让权交给不合法居民。甚至在急于扩大工业革命成果的英国，为改革所做的努力持续了差不多一个世纪（1829—1925年），政府才着手保证房地产能够方便地得到记录和转让。约翰·C·佩恩对英国的所有权制度改革中的困难和反反复复进行了总结：

> 英国制定了许多所有权法案，覆盖了从高到低各个社会阶层。由于大多数改革措施都是临时性的权宜之计，人们得到这样一种印象，即这场运动的领导人并不清楚他们在干什么以及为什么这样做。英国的土地法案变得非常专业化，在几个世纪的时间里得到大规模发展，以至于粗看之下这场运动似乎势不可当。让人感到困难的是，（运动的）细枝末节

太多，很难掌握事物的核心。于是，改革家们带着良好的意愿，开始用更多的热情而不是用清晰的概念，去诠释这些法案。在这个漫长的过程中，他们做得很出色，但用了一个多世纪才完成。在这期间，他们曾尝试了许多试验，都没能成功，最后还多次被迫作出妥协。⑤

日本改革家的工作也不容易。他们的努力开始于17世纪江户时代的早期土地登记制度，经过19世纪的明治维新，直到第二次世界大战后美国占领时期的所有权制度改革计划才宣告结束。

强制性法律制度的失败

人们可能以为，今天的发展中国家和前共产主义国家要打破"钟罩"会相对容易一些。毕竟，几乎世界上每一个国家的宪法和许多国际惯例现在都承认人们有权得到财产；而且，差不多所有发展中国家和前共产主义国家都制定了把所有权交给穷人的计划。

西方国家在18、19世纪时的改革，要从智力和道德方面，面对社会上普遍的对分享正规所有权的抵制。今天，享有所有权被认为是人类基本要求的主要部分。大量的现代国际条约——从1948年的《人权宣言》、《天主教会教义问答手册》，到1989年国际劳工总署就独立国家中的土著人和部落人口所作的第169号公约——都坚持把财产所有权当作基本的、稳定的人权。世界各地的法庭和法律也在不同程度上认为财产所有权是一个重要的法律原则。1899年海牙国际大会后，

侵略军掠夺财产的古老惯例已经被国际公法明文禁止。因此，国际公法认为个人的财产所有权比国家主权更加神圣——即使政府失去了领土，个人也不该因此失去财产。财产所有权被看成是弱者反抗强者的武器。

美国、加拿大、日本和欧洲——包括世界上 25 个发达国家——比那些没有方便的、综合的正规所有权制度的国家更加富裕，没人会提出以忽视正规所有权为基础的的经济措施。正是出于这个原因，大多数发展中国家和前共产主义国家才认识到，“人们普遍拥有财产所有权”这一原则既是政治上必不可少的因素，也是宏观经济和市场改革计划中必不可少的组成部分。历史表明，拉美国家已经用了近 200 年的时间，试图实现其穷人的资产合法化的政治意图。在我的祖国秘鲁，在自西班牙统治下独立两年后的 1824 年，国家颁布了第一部宪法。宪法明确指出，穷人——当时大多数是土生土长的秘鲁人——是土地的合法拥有者。事情后来变得非常明显，尽管新生的共和国有了宪法条款，更加有钱和具有良好人际关系网络的少数特权人士还是在逐渐霸占当地穷人的资产。政府用了好几年的时间来推行一系列强制性法律，以巩固秘鲁宪法的宗旨——但没有一项法律取得成效。当地人得到的通常只是法律条文，承认他们的资产归他们所有；他们得不到使他们能通过受法律保护的表述来确认资产中的经济权利的制度。

其原因现在已很清楚了：在秘鲁（和西方以外的许多国家），大多数用于创立正规所有权制度的现行法律程序根本不适于区分和处理不合法所有权的证据，因为这些证据没有和可见的所有权凭证相联系，但这是他们所拥有的惟一证据。

现行法律没有随着交易的继续来跟踪和记录所有权凭证的相应变化,在时间的推移中完善所有权关系。我们在第二章中看到,在现代最适宜的环境中,有了现代化的地图、计算机、人权组织,再加上世界上所有最好的意愿,记录所有权凭证及其变化的法律程序也还要用 20 多年的时间才能建立起来。我们从 19 世纪时秘鲁本地人努力进入正规所有权制度的斗争中所能找到的证据表明,这种延误算是正常情况。对于面对着这些阻碍的人们来说,惟一合理的选择就是创造出不合法协定来保护他们的资产。

当秘鲁本地人公然不遵守强制性法律的时候,特权阶层又迅速采取行动,构想出新的手段来阻止法律保护本地人。没有正式的所有权凭证,他们就和律师一起做假。他们重新提交文件证明,让地方当局和公证人为他们颁发合法的所有权凭证。少数有钱人又开始霸占当地穷人的资产或强迫他们廉价出售资产。为了制止这种行为,政府没有去调查穷人为什么似乎不能使保护他们的法律发挥效力,而是决定把部分穷人驱逐出主流法制之外,在他们的土地边上建起一道隔离墙。1924 年,秘鲁批准了一项重要的法案,把几千名本地人统一集中在农场区,明令禁止转让土地权利,以此来保护本地人免受合法阴谋的进一步迫害。因此,法律的保护对象由诡计多端、坑蒙拐骗的少数人转向当地人——却也在不经意之间剥夺了他们提高生产力和创造资本的基本工具之一。

然而,到了 20 世纪 60 年代末和 70 年代初,剩下的大多数本地人依然脆弱无助,处境艰难,因此也是一个潜在的不稳定阶层——特别是由于突然出现了强大的、组织严密的左派运动。为了缓和这个新的威胁,秘鲁政府制定了农业改革计

划，从大农场征用大量土地，为农民们建立起600多个由政府经营的农村合作社，其目的很高尚：保证本地人有权得到房地产。这些努力最终还是失败了，因为许多当地人简单地把农村合作社的土地拆分成小块，由私人占有，再次求助于他们很熟悉的、资本不足的社会部门里灵活的不合法协定，来保护他们新建立起来的权利。这时，政府还没有意识到它们的强制性法律忽略了一个因素，即当人们真的得到了所有权的时候，他们对如何使用和交换所有权有他们自己的想法。如果合法的制度不能从大的方面便于实现他们的要求和愿望，他们就会成群结队地背离这个制度。

秘鲁的历史为所有政治派别的改革者上了重要一课。在秘鲁过去的150年里，不管是根据右派的观点（通过强制性法律推行私有财产权），还是根据左派的观点（通过政府的合作社保护穷人的土地），把所有权交到穷人手中的计划都以失败告终。这表明，从西方国家输入的“两党政治”在很大程度上不适于发展中国家和前共产主义国家里大多数人的需要。人们脱离法律制度的原因不是由于法律要把他们私人化或者集体化，而是法律不明白他们的需要。根据时间和地点的不同，他们的需要也有所不同——有时需要把所有权集中起来，有时则需要把它们分散。如果法律不帮助他们，他们就会在法律范围之外自己帮助自己。发展中国家政府的任务就是，不要生活在对西方人的偏见之中，以为西方国家在发展正规所有权制度方面的延误，是由于英国几个世纪前的圈地运动和资本积累的残酷性或者整个北美对印第安人的血腥剥削造成的。那些罪行是西方国家的因果报应，它们的道德债务必须在它们自己国家里偿还，而不是在其他什么地方。发展中国

家和前共产主义国家的政府至少要倾听自己国家里的狗叫声，研究它们的法律应该为什么人服务。只有这时，人们才不会生活在法律管辖范围之外。

随着人们不断地在法律管辖范围之外创造所有权，正规法律正渐渐失去其合法地位。到20世纪90年代中期，我们从国外得到的研究数据表明，在过去40年里，不受法律支配的社会部门不仅仅在秘鲁，而且在其他发展中国家和前共产主义国家里也变得越来越大。我以为强制性法律制度的失败——不管是左派造成的，还是右派造成的——不仅仅是秘鲁的现象，于是组织起一个特别研究小组去研究在最近的30年里，国际金融组织是否报告过曾在第三世界成功地实现了大规模的"正规化"计划——这意味着所有的资产要能得到恰当的表述，并被纳入同一制度，以便创造出资本。我们一无所获。

我们确实发现，在过去的40年里，各国政府都开展过多项计划，拨出几十亿美元的款项去资助大量与所有权相关的活动，例如测量土地、绘制地图和把所有权记录系统计算机化等。我们还发现，这些计划有两个共同点：(1) 大多数计划在未成熟之前就被放弃，因为效果很不理想。(巴西政府的一位项目主管报告说："出现了许多新地图和新计算机，但很少出现新的正规所有权拥有人。")(2) 除了泰国部分农村的所有权证书计划之外，几乎没有成功事例。我们当然也没有发现证据表明资产正在被转化成资本。

是不是政府并不真的关心这种情况呢？当然不是。例如，我们经过大量研究发现，秘鲁政府在从西班牙统治下独立后的400年时间里，至少已经22次试图把所有权正规化，成

功率为零。我们走访了其他发展中国家的财产所有权凭证管理部门,得到的是类似的答案:成功的计划项目微乎其微;主要改革计划都以失败告终,或者只取得一些边际效应。同样值得注意的是,我们在这些国家里与之交谈过的人中,没人能声称他们通过这些计划所取得的所有权凭证能够互相交换或能得到确认,并能用来组成获得剩余价值所需的综合性网络。

相关的证据很多:无论发展中国家和前共产主义国家怎样努力,也无论他们的愿望有多么好,强制性法律的规定和使法律发挥作用并得到遵守的措施之间始终存在着巨大的差距。仅有强制性法律是不够的,安德列兹·拉帕辛斯基(Andrzej Rapaczynski)指出:

> 简单地制定出一套适宜的法律制度就能建立起一套所有权制度,并巩固现代经济制度的基础——这种看法绝对不合情理,因为如果是这样,那么大多数所有权只能在执行法律制度时获得。所有权制度的核心无疑应该存在于在很大程度上属于无意识的社会和经济实践中;这些实践必须根植于法律制度之外的其他事务的发展进程中。这正是霍布斯(Hobbes)的老问题:当大多数人遵守法律时,政府就能有效地执行法律,并且相对成本低廉地打击少数破坏法律的个别人;但是,当破坏法律的现象大规模出现时,没有哪个政府当局能够强大到能控制住每一个人。在这种情况下,法律的执行越来越没有效力,作为个体的人就有动力去追寻他自己的利益,而根本不会理睬什么书面上的限制。[4]

综观近代史，发展中国家和前共产主义国家并不缺少政治上的意愿、财政预算、国际性的声明，以及带着“把财产所有权交给大多数公民”的明确目的而制定出来的强制性法律。问题是，当政府准备保护穷人的财产所有权的时候，它们往往认为自己正在向一个“所有权真空地带”前进——就好像到月亮上去一样——它们以为它们的任务就是要用强制性法律去填补这个真空。然而，在大多数情况下，根本就没有什么“所有权真空地带”，政府面对的是地球上资本不足的社会部门，其中大多数人都通过不合法协定掌握着大量的所有权。它们还没有认识到的重点（也是我一直强调的重点）在于，穷人的资产也许位于正式的法律管辖范围之外，而他们对这些资产的权利是在他们自己制定的社会契约的管理之下。当强制性法律不能满足这些不合法协定的时候，制定这些不合法协定的人或组织注定会憎恨并抵制正规法律的干扰。

社会契约的基本原则

与所有权有关的不合法社会契约支持着几乎全部的所有权制度，因此是每个国家、甚至包括美国[5]的现实的一部分。理查德·A·波斯纳（Richard A. Posner）已经提醒我们：所有权是在社会中建立起来的。[6]这意味着，只有人们对资产的所有权、管理所有权的使用与交换的规则等问题达成共识后，所有权协定才能发挥出最大效力。在发展中国家和前共产主义国家，人们有足够的理由认为不合法的社会契约在社会中占据着主导地位：它们建立在人们和人们对资产的管理方式达成真正的一致意见的基础上，比正规的法律更有用。如果不考

虑支持着现行所有权协定的全部社会契约，任何要建立一个统一的所有权制度的努力，都会破坏大多数人所掌握的所有权的存在基础。

在发展中国家和前共产主义国家，所有权制度改革失败的原因在于，负责制定法制改革计划的官员没有认识到：大多数公民都在资本不足的社会部门里生活和工作，他们已经根据社会契约牢固地建立起属于他们自己的法则。

“社会契约是成功的法律的基础”这一概念起源于柏拉图，他认为，合法性必定建立在某种形式的社会契约之上。甚至连伊曼纽尔·康德也在他驳斥洛克的文章中写道，社会契约必须出现于真正的所有权之前。他还认为，所有权来自社会对合法权利要求的承认。权利不一定必须由正规法律决定才能取得合法地位；某一群人强烈地支持某一惯例就足以使这一惯例被提升到相当于正规法律的地位。

基于这一原因，当政府对现行的不合法社会契约不加考虑就起草所有权法案并颁发所有权凭证时，它始终不会成功：新的所有权法案和所有权凭证缺少合法性。为了得到合法性，它们必须和占社会主导地位的、决定现存财产所有权的不合法社会契约相联系。当然，问题是，在发展中国家，支持大多数财产所有权的社会契约分散在成百上千个不合法的“法律管辖范围”内，包含在不同的记录系统、乡镇或者城市社区的现实状况中。把这些社会契约纳入正规所有权制度的惟一系统性方法就是，建立起一座法律和政治上的结构、一座桥梁，使其与人们自己制定出的不合法协定相联，让人们能高高兴兴地跨过这座桥梁，进入包罗万象的新正规社会契约。但这座桥必须非常坚固，不会断裂崩溃，不会又让所有人重新堕

人不合法协定之中；桥面还必须非常宽，不会让人从上面掉下来。不管人们是否还记得历史，这也正是西方国家在几百年前所做的工作。哈罗德·伯曼提醒我们说：

> 各种社会内部的法律系统化工程只有在那些社会以前就已经发展出一套不正规的法律关系结构的时候才有可能实现……过去，西方国家的法律传统产生于现实状况中各社会团体之间及其内部的社会、经济的相互关系结构。这种相互关系的行为模式需要符合规范的标准：处事方法构成了惯例……而惯例则被转换成法律。⑦

在20世纪初的瑞士，尤金·休伯(Eugen Huber)从分散独立的社会契约中，建起一座通向全国性法律制度的法律和政治性桥梁。休伯调整了瑞士成文法中的古罗马原则，以适应广泛分布于全国的城镇乡村里的惯例、规则和行为。他把所有关于所有权的惯例纳入同一个成文法律中，保证人们的权利和义务符合他们所习惯的地方行为准则。休伯喜欢引用一句德国谚语："*Das Gesetz muss aus dem Gedanken des Volkes gesprochensein*"。把这句话不太准确地翻译过来，意思就是："法律必须来自于人民口中。"同样，对现存社会契约的尊重也是美国法律的特色。我们从前一章中知道，美国的法律不是供人们欣赏它的原则或者专业上的一致性，而是当局手中的工具，用于把未开发的资产转变成具有生产力的资产。"人们偏爱有动力的财产，而不是静止的财产；或者说，人们偏爱能够创造出新的用途的财产，而不是满足于现状的财产……"⑧

因此,在发达国家中,从不合法关系向统一的正规所有权制度的转变并非凭空出现。只有当局能从早已存在的、现实状况中的不合法关系的基础上开始着手,支持现代所有权制度的法律的系统化工程才有可能实现;而这些不合法关系在很多时候都与官方正式法律相违背。伯曼写道:"法律一方面起源于整个社会的结构和惯例,向社会上层发展,一方面从社会政策和价值的决定者手中向下覆盖。法律有助于把这两方面结合起来。"⑨

通过使正规所有权法律根植于人们已经忠实服从的社会契约而不是借用外国法律,西方国家的政府已经使人们普遍接受了法律,可以用来克服任何不利因素。结果就出现了统一的合法所有权制度。有了这个制度,它们就可以把松散的社会惯例纳入一个全国性的社会契约。过去,只有财产所有人和他的邻居才能断定他的房子是否属于他;随着正规所有权制度的出现,整个国家都知道他是房子的主人。正规的所有权凭证使人们可以把劳动成果从小范围内的承认转移到整个扩大化市场中。这样,西方国家就准备好了为现代市场和资本主义制度提供能量的发电站。

人们所要做的就是把权利的合法性从地方协定中转移到一个关于资产交换和转化的、更大的经济和社会关系秩序中。人们接受了这种现实,因为它使生活和开展业务更加容易,他们不再依赖繁重的教区政治活动来保护财产所有权。正规的所有权制度使人们摆脱了封闭社会所特有的耗时费力的地方性协定。他们现在能够控制自己的资产;更为有利的是,有了恰当的资产表述,他们就能专注于资产的经济潜能。由于房地产和企业能够在全国范围内轻松地被找到和得到确认,财

产所有人不再默默无闻，而且可以担负起有关责任。渐渐地，合法的所有权制度为扩展市场和为大多数人创造资本准备好了条件。

“前资本主义”社会契约的稳固性

在今天的发展中国家占主导地位的不合法社会契约是不是建立官方正式法律的牢固基础呢？毫无疑问，是的。大量证据表明，当政府官员处理资本不足的社会部门里的事情的时候，他们或隐晦或明白地遵守着不合法的社会契约。国际捐赠组织的报告也经常间接地提及不合法的社会惯例。如果不与不合法的受益人或团体达成妥协，政府怎样才能在最穷的地区执行发展农业和复兴城镇的计划呢？人们坚定地维系着他们的社会惯例，而政府也同样努力地尽量为这些人提供公共服务——这证明，不合法的所有权协定同正规的所有权法律一样有效力，甚至更加强大。罗伯特·库特(Robert Cooter)和托马斯·尤伦(Thomas Ulen)指出：“人们一致认可的所有权条款通常比议员们强行制定出来的条款更有效率。”[10]

不合法的社会契约源于社会风俗习惯、临时补充办法和有选择地从官方法律借鉴而来的组合体，用于管理不合法人员之间的财产所有权；它们是自发创造出来的“人民的法律”，用于规范不合法人员的生活秩序，弥补国家对他们的法律保护中的不足。在大多数发展中国家，正是这种“法律”规范着大多数公民的资产。在西方读者看来，这似乎有些矛盾，甚至具有危害性；毕竟，他们认为要遵守的法律应该只有一个。但是，经过在十几个发展中国家里访问和工作之后，在我看来，所有这些国家里都明显存在着合法与不合法的法律。玛格丽

特·格鲁特(Margaret Gruter)简洁地写道:

> 法律不是一套简单的口头、书面或者正规化的条文,让人们盲目地服从。相反,它代表着人们正规化的行为准则。大多数人必须一致认为法律能反映人们的行为倾向,并为遵守法律的人提供可能的利益。(当人们认识不到或者不相信这些潜在的利益的时候,他们通常会忽视和违反法律……)[11]

另一位法律学者指出,现实情况是,西方人"目前依赖政府制定法律和建立秩序,这和历史上的情况不一样"[12]。同一个国家里出现多种法律不是什么新鲜事儿。欧洲大陆的历史正是如此,多种法律并存,直到罗马法律重新被发掘出来,才渐渐开始把各种法律思潮融入同一个相互协调的制度。

想到这些,我们就不应该对发现发展中国家和前共产主义国家里并非偶然的不合法现象感到惊讶。在为秘鲁的几万所房屋和企业的所有人发放正规所有权凭证的过程中,我的研究小组从没发现过不合法团体不愿意遵守意义明确的地方惯例。我们每次走访资本不足的地区的时候——不管是商业区、工业区还是生活区,不管是在亚洲、美洲还是在中东——我们踏上的都不是蛮荒之地。我们仔细观察,总能分辨出各种规则的模式。我要说,从合法性的角度来看,最糟糕的情况也不过是一个疏于管理的花园,而不是一堆杂乱之物。

在第三世界国家和前共产主义国家,资本不足的社会部门成员同西方过去的先辈一样,都被排斥在主流法制和经济之外,都自发地创造出他们自己的各种所有权规定。为了保

护初期的所有权，他们被迫研究出属于他们自己的不合法制度。记住，并不是某一个人就可以使你对某一资产拥有某种独一无二的权利，而是其他人都同意你对这件资产的权利。所有的人相互需要，来保护和控制他们的资产。而且，人们还需要使他们的社会契约比正规法律更加强大，以抵御外来者尤其是政府。任何怀疑这些社会契约的力量的人只要试着去挑战这些人已经非法获得的权利，就会明白一切。你将遇到最令人难忘的抵抗。在大多数发展中国家，每天都会出现不合法团体在正规法律范围之外建立起农场、房屋和工商企业的事例。在几乎每个第三世界国家城市的报纸上，关于“迅速增长的不合法部门”的报道似乎就如同报道足球比赛得分一样频繁。

令人非常惊讶的是，不合法的所有权协定在最近的40年里变得非常广泛。原因在于，正规的法律无法包容快速发展的社会公认惯例。例如在房地产部门，不合法的社会契约不再只是源于移民们的非法定居，而且还是房屋缺乏、城镇或农村改革计划、有利于承租人的租金控制计划的渐渐退化、以非法方式购买或租赁工业及居住用地，以及人们被迫以不合法方式获得、转让或保护产权等因素造成的结果。受商业、政治或宗教动机驱使的非正规“房地产掮客”成为促进多数此类社会契约的活跃代理人；他们或者从交易中获利，或者是为了保护他们的选民。找这些房地产掮客求助的人通常是因为他们负担不起合法获得资产所有权的费用，他们还觉得通过掮客进入现行的社会契约会更加容易。在我访问过的一些国家，武装部队任命军官，专门负责为退役士兵宿舍不合法地征用土地。更让人惊奇的是，我还在其他国家里发现，负责房地产

凭证和登记管理的市政当局为了给其单位成员提供用于建造房屋的优质土地而组织擅自占地定居行动。我最近发现的一宗不合法居民侵占土地现象就是由市议会发起的,目的是为了在 1 000 英亩土地上为 7 000 户左右政府雇员家庭提供住房。在另一个发展中国家,一家当地报纸被关于不合法房地产占有情况的大量证据激起了兴趣,于是查看国家首脑官邸的所有权凭证是否有记录。结果是否定的——报纸总结说,整个国家是从一个不合法的地理位置上进行管理的。

非法建立起土地所有权之后,相关的人和组织又创造出管理他们所创立的社会契约的制度:不正规的企业和住宅组织定期召开会议,作出决策,争取和监督基础设施投资,遵循行政程序,并颁发证书。他们通常还有一个管理中心,人们可以在那里找到地图和带有所有权记录的分类目录。

在全世界,这类机构最显著的特征是,它们都希望融入正规社会部门——只要成本在其能力范围之内。在城镇地区,这种想遵守官方标准的愿望非常明显;可以注意到,随着时间的流逝,它们的大楼和企业发展得让人根本无法分清其是否合法。在我访问过的所有发展中国家和前共产主义国家,都有漫长的边界线把合法与不合法的部门分开。沿着这条界线,在不合法组织和政府官员相联的地方、在不合法组织采取斗争争取官方认可的地方、在政府官员试图达到表面上的平衡的地方,都有一些关口。[15]你通常会发现,不合法组织已经研究出办法,与市级或地方政府的某些阶层和平共处。大多数组织都在尽量协商,找到一个合法的避风港来保护它们的权利;而其他人则已经达成某种协议,稳定了他们在主流法律之外的形势。不合法人员想达成妥协、走出困境的另一个表

现是:他们选举出来的领导人(可不是什么老一套的街头小贩)具有迷人的、有策略的人格特征,能代表他们的利益去进行协商。

倾听狗的叫声

大多数发展中国家和前共产主义国家的政府可能已经准备承认,不合法社会部门突飞猛进地增长的原因不是因为人们突然放弃了"对法律的尊重",而是由于为了保护财产和谋生,它们别无选择。政府一旦想同现代生活的现实妥协,就必须和不合法人员达成妥协——我一直在说,这些不合法人员已经准备跨过鸿沟进入官方领域,只要他们的政府能让他们的生计变得容易、安全和成本低廉。不合法社会部门中的资产拥有人已经相当有组织;他们还相当"守法"——不过却是遵守他们自己为保护资产和进行经济活动所制定的规则。政府面临的任务就是要找出这些不合法协定,然后研究出方法,把它们融入正规的所有权制度。但是,它们不能雇佣德里、雅加达或者莫斯科的摩天大楼里的律师来起草新的法律,而是要走上街头,听听狗的叫声。

在今天的西方国家占主导地位的法律并非来自肮脏的古墓或者政府的正式法律全书。它是诞生于现实世界中的活生生的产物;早在它进入专业律师手中的时候,它是先由小人物们制定的。人们必须先发现法律,然后才能将其系统化。法律学者布鲁诺·利奥尼(Bruno Leoni)提醒我们说:

> 古罗马人和英国人都认为,法律需要"发现"甚过需要"执行";他们还认为,在社会中没有哪一个人

> 的力量能大到用土地法案来确认他自己的意愿。在这两个国家里，“发现”法律的任务分别被交给了法学顾问和法官——这两种人至少在某种程度上都相当于今天的学术专家。[13]

在过去的15年里，我和同事们一直在各个国家进行“发现法律”的工作；这是我们帮助发展中国家的政府建立涵盖所有人的正规所有权制度的第一步。抛开好莱坞和电视里把第三世界国家和前共产主义国家的人民描绘成一群街头小贩、留着小胡子的游击队员或者斯拉夫匪帮的老套，你就会发现，在保护资产和从事经济活动方面，西方国家和其他地方的文化没有多少差异。经过在秘鲁和其他几个国家进行了几年的实际工作，我已经确信，大多数关于所有权的不合法社会契约同西方国家的社会契约基本相似，往往都包含了一些明确的或默许的规则，记载了某人的权利以及对权利和交易的限制。它们还包含了记录所有权的规定、执行财产权和权利申请的程序、决定边界线的标志、管理交易的准则、有关决定采取必要行动和未获官方批准时采取什么行动的标准、决定有效表述的指导原则、鼓励人们尊重法律的办法、决定每次交易的隐匿程度的标准，等等。

看完这些，我认为，我们可以公平地假设，今天的人类准备用非常相似的方法来考虑关于所有权的问题。这不应该是一个大的意外。大多数人都会用民间惯例的形式对事情加以总结，而这种形式往往具有以类推的方式自发地从一个地区传播到另一个地区的趋势。而且，在过去40年里，大规模的人口迁移不可避免地产生了一个结果，即人类所拥有的相同

价值观和信念越来越多——更不用说全世界范围内的通讯革命所造成的影响了(第三世界国家和前共产主义国家的人们也看电视,也去电影院,也能打电话,也想让他们的孩子接受良好教育并成为计算机高手)。结果,在同一个国家里,作为不合法社会契约的每一个个体之间的相同之处往往多于不同之处。[15]

不合法社会契约的难点在于,它们对所有权的表述没有充分地形成文字,不能互相交换,不能在其所处的地理范围之外大量投入应用。对于身处其中的人来讲,不合法的所有权制度非常稳定,具有深远的意义,但它们确实是在较低的系统层次上运转,不具备相应的表述,使其能够方便地互相交流。

这再一次说明,今天的发展中国家和前共产主义国家,同过去还没有建立起正规所有权制度时的西方国家非常相像。例如,在15世纪前的欧洲,在今天属于德国的一些地方确实有一些分散的财产登记记录。关于所有权交易应该如何进行的规则大都没有形成文字,只能通过口头相传。德国、奥地利和瑞士的贵族和农民都遵守这些未成文的规则(被称为*Weistumer*或*Offnungen*、*Dinghofrodel*)。由于这些规则不是书面的东西,人们就组织仪式,利用符号,加深参加交易各方的记忆,来保证交易的安全。[16]

许多人把那些仪式和符号看做是今天的正式所有权凭证、股份和所有权记录的鼻祖。根据18世纪时英国哲学家、历史学家戴维·休谟(David Hume)所说,在当时欧洲的某些地方,土地的所有权人互相传递石头和泥土来庆祝土地的交换;农民们用交出储藏小麦的谷仓的钥匙来代表卖出了小麦。人们把证明土地交易的手书羊皮文件像举行仪式似的按在土

地上，代表双方同意交易。同样，在很久以前的罗马帝国时代，罗马法典规定，把草和树枝从一个人手中传到另一个人手中，就代表了所有权的合法转移。日本人也有他们自己的确认交易的仪式。例如，在德川幕府时期(17—19 世纪)，法律禁止出售农业用地，但土地的持有人还是有办法转让他们的所有权。他们让卖方亲属和城镇长官在书面文件上盖章，以确认这种买卖土地的不合法交易。这些书面文件被逐渐收集在当地的所有权登记部门里。对所有权的表述经历了很长时间才转变成书面形式；但是直到 19 世纪，这些不同的所有权登记部门和管理它们的社会契约才得以标准化，并被集中到一起，创立出西方国家今天的综合性正规所有权制度。

今天的第三世界国家和前共产主义国家的情况类似于几百年前的欧洲、日本和美国。它们必须像西方国家一样，确认并集合起分布在全国各地的现有的所有权表述，把它们纳入到一个综合制度中，使所有资产拥有者都能掌握创造资本所需的资产可交换性、官方机构和人际关系网络。

破译不合法的"法律"

当我和同事们第一次面对把前资本主义的所有权协定纳入资本主义的正规所有权制度的任务的时候，西方国家是我们的灵感所在。但是，当我们开始想了解发达国家事实上是如何把不合法协定纳入法律时，我们一无所获，我们找不到什么原型加以参照和利用。不幸的是，关于西方国家如何确认不合法所有权的证据门类并从中找出创立标准化正规所有权制度所需的共同因素这一问题，相关的资料不多。约翰·C·佩恩解释了英国的情况：

> 正规的所有权凭证作为商业化土地交易的一部分，显然是英国法律在近代发展出来的产物，但现在人们所掌握的相关资料非常少——所以才暂时做出这样的假设。这是历史学家们非常懊恼的根源所在：因为重大的事件都被详细地记载在编年史中，人们很少觉得有必要记录下他们每天所从事的日常活动。记录这些事会显得多余和平庸，因为没人需要别人提醒很明显的事。因此，在某个年代里人人都理所当然接受下来的事到了下一个年代就不为人知了，重新建立起这些普通的程序需要费心费力地把所有零星的资料集中起来——这些资料原本是出于另外一个完全不同的目的而流传下来的。关于前人的所有权交流情况当然就会这么少，因为直到上个世纪，我们对它们到底如何发挥作用始终知之甚少。[17]

在有关西方国家成功的法律制度改革的少数历史记录的引导下，我们能够凭借自己的经验找到并填补这些空白。我们在不合法的世界中一路摸索，最终懂得了如何才能接触到发展中国家的非正规社会契约。当然，这种方法和在正规法律制度中寻找所有权证明有很大的区别；在正规的法律制度中查找资料时，你可以依赖所有权记录保存制度——经过许多年，它总要留下一些书面上的线索，即"所有权凭证的链"，使你能够追查到它的起源。在资本不足的社会部门里就找不到清楚的线索。在外人看来，最多也只能找到一些模糊不清

的线索。资本不足的社会部门不像正规的社会部门那样拥有一个中央记录和查询机构(历史系统)。资本不足的社会部门里的人员确实拥有很强、很清晰和很详细的理解力,能够知道谁拥有什么(同生系统)。

因此,发现某一地区的不合法社会契约的惟一方法就是和那些深深地参与其中的人取得联系。如果把所有权比作一棵树,树干上延伸出其他树枝,那么正规所有权制度的发展经历了漫长的时间,从这个意义上来讲就是,你可以沿着每一根树枝追查叶子的起源,直到树干,最终到达根部。而在不合法的所有权制度中,经济性的研究方法注定是不考虑历史演进的:因为外人根本不熟悉所有权记录,确定谁拥有什么权利的惟一方法就是在恰当的角度劈开树干,以此来确定每根树枝和树叶及邻居的关系。

要得到相关的资料意味着要到实地去考察:到发展中国家和前共产主义国家去,到难以或无法通过正规系统化记录制度决定所有权的地方去,和当地的行政当局、不合法部门的首脑接触,去发现所有权协定是什么样子的。这也许听起来很困难,但事实并非如此。也许在某些国家的农村偏远地区主要是通过口头记录传统,而资本不足的城市部门里的大多数人已经根据他们所尊重的规则、政府在某种程度上被迫接受的规则,找到了用描述性的书面方式表述他们对资产的所有权。

以海地为例,没人相信我们会在那里发现记录所有权表述的文件。海地是世界上最穷的国家之一,85%以上的人口是文盲。然而,经过对海地城市的精心调查,我们发现每一块不合法占有的土地、每一座不合法建造起来的小棚屋或房屋

的所有人至少都有一份文件来保护他的权利——甚至还有“非法定居权”。事实上，我们走遍了世界各地，大多数人都有某些自然的实物来代表和证实他们对土地的权利要求。正是在这些不合法的表述、记录和一些面谈的基础上，我们在工作过的每一个国家里都能提取出支持所有权制度基础的社会契约。

从不合法途径获得的资料十分重要，但这并不是惟一的来源；此外还有来自于官方和法律部门的资料。尽管处于社会顶层的政治家很少意识到这些，但处于政府管理底层的人却不断地和不合法社会部门进行接触。市政当局、城市规划人员、卫生官员和警察，以及许多其他人都不得不对始终出现在管区内的非正规定居点或新兴企业组织的不合法程度作出正式评定。在认真阅读官方文件的基础上，我们知道了如何去发现那些不合法社会契约占主导地位的地区。

一旦政府知道了到哪里去寻找不合法的所有权表述并能接触到这些表述，它们就已经找到了通向非正规社会契约的阿里阿德涅之线。这是因为，所有权表述是某一组织对谁拥有什么财产、每个财产所有人能对他的财产做些什么等问题已经达成的共识。阅读所有权表述并领会其含义并不需要考古学或心理学学位。它们并不含有什么需要破解的神秘象形文字或密码。它们由带着很直接的经济动机的人撰写，使有关人士完全清楚财产所有人对他所控制的某种资产拥有什么样的权利。财产所有人希望得到合法交流的权利，准备尽可能地提供相应的证据。他们对资产的表述没有什么可隐瞒的，就是要让人能确认出它们代表着什么事物。这种情况并不总是非常明显，原因在于，我们往往把穷人缺少中央记录保

存制度同他们的无知混为一谈。约翰·P·鲍威尔森(John P. Powelson)在《土地的故事》中准确地总结说,甚至在发展中国家的原始农业地区,人们也是他们自己最好的宣传员,而且能聪明地表示他们自己。[18]

因此,当政府得到关于所有权的文献记录后,就能将其"分解",从中确认不合法社会契约的原则和规律。改革家做到这些,就掌握了不合法的"法律"的精髓。他们接下来的任务就是"编撰"这些原则和规律——先把它们组织到临时的正规法案里,使之能够得到检查,并把它们和现行的正规法律进行对照,了解它们的协调程度和相异程度。把松散的制度编起来也并不困难。事实上,这大大不同于政府把全国的法律文本统一起来的程序(例如《美国统一商法典》),也不同于统一国际范围内国家与国家间的法律文本(例如欧共体的许多综合的强制性法案、关贸总协定)。通过比较不合法的"法律"与正规法律,政府就能明白如何使二者互相调整以适应对方,然后就能建立起一个关于所有权的调整性法律框架——这是面向所有公民的普遍性法律的基础。这一框架完全合法,同时又可以执行,因为它反映了国家中合法与不合法的现实状况。这就是发展中国家和前共产主义国家应付法律挑战的方法。西方国家的法律制度基本上就是这样建立起来的:渐渐摒弃无用和无法执行的部分,吸收能发挥作用的部分。

如果这样做听起来更像人类学工程而不太像是法律制度改革的基础,那是因为在发展中国家和前共产主义国家,对穷人的了解被学者、记者、对穷人的同情和好奇心、法律改革的难题所困扰的社会活动家所垄断。律师们去哪儿啦?他们为什么不认真地看一看人民创造出来的"法律"和秩序呢?事实

上，律师们通常在忙于研究西方法律并对其进行调整。他们早就受到教育说，地方性实践不是真正的法律。他们现在必须走出法律图书馆，走进不合法的社会部门——只有在那里才能找到建立真正合法的正规法律制度所需的关键资料。通过检查“人民的法律”并理解其逻辑，改革者就能掌握创立一个可执行的法律制度所需的因素。

完成这些任务，政府基本上就已经接触到了不合法的社会契约。它们现在掌握了把穷人及其资产纳入使他们最终能在资本主义制度下开创事业的合法机制。但不要忘记，推行法律制度改革意味着要打破现状。这就变成了一个重要的政治任务——这就是本章其余部分要探讨的内容。

第二部分：政治上的挑战

西方所有重要的正规所有权制度的改革都是经过精心策划、制定一个新的政治制度的结果。18 世纪末，托马斯·杰斐逊在弗吉尼亚做的就是这项工作；特别是，他通过取消限定继承权（即不能把财产转让到家庭成员之外），增强了所有权的可交换性。这也正是斯泰因和哈登伯格于 19 世纪初在德国进行的工作；他们为普遍财产所有权制度的出现做好了准备。还有，在 20 世纪初的瑞士，尤金·哈伯同样也在努力把分散在全国的各种所有权制度融合起来。所有这些改革家都使用精心谋划的策略来攻击现实中的种种障碍。他们保证自己已准备好了敏捷灵活的法案，使政府可以在大众的广泛支持下，用没有血腥的、不会中断的革命来实现法律的变革。

为什么今天还需要政治策略呢？谁会有可能对打破显然

不公正、同时又与世界范围内反对歧视相违背的法律隔离表示反对呢？事实上，很少有人会反对改革的需要。但是，极少数习惯于在现状下正常开展经营的人担心改革肯定会影响他们的小利益，哪怕只是微乎其微的影响；因此，他们会默默地在暗处加以抵制。另外还有一个相关的问题：把大多数人同资本隔离开的许多法律还为各种力量强大的团体的重要利益提供了保护。因此，对穷人开放资本主义并不像开着推土机碾过垃圾堆一样简单，而是更像对庞大的鹰巢里的上千根树枝重新进行整理——但不能惹怒老鹰。尽管同把资本带给穷人的国家利益相比，"重新整理树枝"对极少数人造成的不便是微不足道的，但这些受到影响的极少数人看不到这一点——除非改革是以资料和人力为后盾，在强大的政治自觉性的推动下进行。

显然，有经验的政治家在进行这项工作时要当心，不要被老鹰抓伤。他们是惟一能同时为大多数人带来变革又为谨小慎微的少数人带来稳定的人。这正是把法律正规化时所要做的：使合法的与不合法的所有权共存，使明显矛盾的两种所有权制度可以同时出现在同一法律制度内。

把法律的正规化当成一项普普通通的政治任务是不够的。如果想快速取得成功，总统或首相必须负起责任，使法律的正规化成为政府决策的柱石。只有从这个高度，政府才能全面掌握从所有权制度革命中取得的成果；只有从最高政治阶层着手，改革才能得到全面的支持并消除惰性因素；只有政府的高层人士才能防止官僚内耗和政治矛盾来破坏改革进程。不论国家何时着手进行大的变革，不论是否要稳定货币、把政府代理部门非国有化或者对所有民族开放学校教育，国

家元首必须领导这一革命。解放穷人必然属于国家领导人的责任范围。

历史和个人的经验已经告诉我们，进行所有权制度的革命，领导者至少必须做到三件事：从穷人的角度看问题、吸收特权阶层、应付“钟罩”的管理人（即法律和技术上的官僚作风）。

从穷人的角度看问题

所有人都会从全球化的资本主义中获利，但最明显和最大的受益人将会是穷人。着力于改革的领导人使穷人和他站在一起，至少就已经取得了一半的成功。任何反对都难以给国家元首和大多数人民造成重负。但为了取得胜利，国家元首必须得到构成反驳论调的事实和数据。这就包括进行早期研究，也就意味着改革者必须设身处地站在穷人的角度。官方的统计数字并不包括所需的资料，只能从“钟罩”之外找到这些数据和资料。

20 世纪 80 年代，当我开始审视秘鲁的法律正规化问题时，我请教的每一家法律事务所都向我保证，建立起一家正规企业并得到资本只需几天的时间。我知道这对于我和我的律师们来说会是真的，但我有一个直觉，即对于大多数秘鲁人来说，这不大可能。于是，我和同事们决定在利马的棚户区成立一家仅有两人的机制成衣车间。为了从穷人的角度经历企业正规化的过程，我们用一只秒表来计算利马普通的所有权人或企业家通过官僚主义程序实际要用多少时间。我们发现，每天工作 6 小时，为了取得合法地位需要 300 多天，其成本是工人最低月薪的 32 倍。我们还进行了一个类似的实验，研究

不合法居民区的某一个居民在政府已经承认了他的永久居住权之后，为了取得合法的凭证需要多少时间。我们发现，仅仅为了得到利马市政当局——这只是11个有关政府部门中的一个——的批准就要经历728个官僚步骤。这证明了我最初的猜测：最平常的数据和资料反映出了“钟罩”内的人（包括我请教过的律师）的利益。这就是为什么你只能从“钟罩”之外观察“钟罩”的原因。

但这些阻碍还不是全部，如果继续生活在“钟罩”之外，穷人们不仅得不到政府的保护，而且也得不到专业化、有组织的法律制度所提供的用于减少风险、积累资本的便利服务。政府要向他们解释清楚这些情况。人们被告知，因为他们不能以公司形式组织起来，他们将无法分担风险，无法通过发行股票吸引外来投资，也不能享受能限制财务危机的“有限责任”所带来的好处，不能用保险或期货交易来弥补经济风险造成的损失。除非他们受到法律的保护，否则他们就无法在积累资本和货物的时候不必担心当局会征用或没收他们的货物。

政府一旦掌握了从穷人的角度得来的事实和数据，就已经做好了打破“钟罩”的充分准备。改革者现在可以用使穷人能够理解和关心的方式来解释资本主义。这样做的结果是，穷人们会热情地支持改革计划，成为推动改革的最有效的公共关系机器，提供使改革计划运行所需的街头反馈。

这就是发生在秘鲁的事情。我和同事们调动各方面的努力，使公众了解打破“钟罩”所带来的所有好处。我们的目标是向政治家们证明，由于全国民众一致潜在地拥护改革，把穷人的资产正规化会从政治上获得双赢的局面。到20世纪80年代末期，民意测验证明了这一点：对我们提议革新正规所有

权制度的支持率接近90%。有了这样的数字，当我的研究小组把我们为所有权制度正规化所起草的第一份法案和章程分别于1988年和1990年初送交秘鲁国会并获全体通过时，就一点儿也不令人惊讶了。在1990年的总统选举活动中，每位候选人——包括自由党和保守党联合阵线的代表、小说家马里奥·瓦尔加斯·洛萨(Mario Vargas Llosa)，平民党的黑马候选人、也是最终的获胜者阿尔贝托·藤森(Alberto Fujimori)，以及著名的社会党主席艾伦·加西亚(Alan Garcia)——都赞成所有权制度正规化改革的计划。甚至到了今天，尽管为执行改革所做的努力一直漂移不定而且始终没有完成，所有权制度的正规化已经成为秘鲁的政治发展中一项没有争议的固定任务。

有了事实、数据和支持改革的公众舆论，政府就可以把贫穷问题列入积极的经济增长计划中。贫穷不再独占慈善事业和施舍。相反，穷人的未来现在成为政府全力以赴使资本主义发挥作用的首要目标。

吸收特权阶层

穷人是国家中最大的组成部分；他们的经济潜力一旦显示出来，对改革的支持也非常显著，这时改革者就要引起特权阶层的注意。现在是时候打破他们认为“正规化的所有权制度只会有益于穷人”的空想了。所有权的正规化通过架起沟通社会阶层的桥梁，解放了穷人的潜在资本，从整体上有益于社会，能够有助于国家中几乎每一个利益集团。改革者收集起事实和数据来赢得穷人的支持，政府还要集中其他事实和数据来赢得其他既得利益集团。办法就是要让特权阶层支持

改革，不仅仅是简单地出于爱国主义或者利他主义，而且还因为这样做能够增加他们的财富。

例如：所有权的正规化提供了实现大规模低成本住房计划的机会，为穷人提供的住房不仅质量更好，而且比他们原先在不合法社会中建造的住房至少还要便宜30%。这不足为奇，因为在不合法社会部门乱七八糟的世界中盖房子就相当于先穿鞋再穿袜子。设想一下，一个来自农村的新移民要在发展中国家的大城市郊外为全家盖一所房子需要些什么？首先，他不仅要找到一个盖房子的地点，还要亲自和全家一起占有这块土地。下一步，他要搭起一座帐篷或者遮蔽物，根据当地情况以稻草编织物、泥砖、纸板、夹板、波纹铁或者锡片做材料——这样才能在自然界中标出他的权利范围（因为他得不到合法的权利）。这个移民和他的全家逐步地搬进家具和其他生活用品。显然，他们需要一个更适合居住、更坚固的建筑。但是，他们得不到贷款怎样建造呢？他们像其他不合法居民在定居的前一两年中所做的那样——囤积坚固的建筑材料，根据他们所能储存的建筑材料的多少一步步地开始建造一座更好的房屋。

当新社区的居民能组织起来保护他们的所有权或在当地政府同情他们的贫困状态时，他们就能铺上人行道，接通水源、污水处理系统和电力——这通常要以牺牲部分房屋为代价。只有经过几年的建设、维修、储备建筑材料，这些人最后才能舒适地生活。

在西方，建造房屋就像穿鞋之前先穿袜子，远远不像不合法地区里的生活那么危险、昂贵和不体面。发展商通常持有土地的所有权凭证，使他能够得到贷款来建设基础设施（铺路

和公共设施等等）。然后，他建起房屋，准备用于出售。自豪的新主人的钱可能大部分是从银行借来的，然后，他才把家具搬进来，最后生孩子、养宠物。

所有权制度正规化进程一开始，穷人们就有能力负担低廉的房屋，借此逃离不合法地区乱七八糟的世界。这时，特权阶层可以开始享受回报了：建筑商和建筑材料制造商会从中受益，还有银行、抵押公司、所有权凭证部门、保险公司，尤其是涵盖财产损害信用、财产留置和所有权保险的机构。

所有权制度的正规化还会帮助公共服务设施供应商把房屋转换成能担负责任的服务终端，为政府和商业部门提供商业销售、担保权益以及收取债务、费用和纳税的资料和地址。此外，正规的所有权制度还可以为在保健、教育、税收评估和环境规划方面的投资决策提供数据资料。

此外，所有权制度的正规化甚至有助于消除特权阶层对不断壮大的城市贫民所持有的最强烈、最持久的不满，即呼吁更多的"法律和秩序"。市场经济中的文明社会并非简单地取决于更大的繁荣，所有权也能创造法律和秩序。当穷人们对他们的土地和企业合法地属于他们自己抱有信心时，他们也会对他人的财产倍加尊重。不断得以更新的正规所有权记录还为警察能像西方国家的警察一样快捷地行动提供了所需资料。在发展中国家和前共产主义国家，当罪案发生时，警察得不到"追踪"主要嫌疑犯以查找罪犯（主要特征之一就是没有法定地址）所需的地址、交易记录、线索和其他以所有权为基础的信息。正是由于这个原因，发展中国家和前共产主国家的警察在围捕嫌疑犯时没有选择性，因此往往会侵害无辜公民的民事权利。

拥有正规所有权制度往往还会打击不法行为。当人们被迫把他们的土地分成越来越小的地块的时候,后代的后代在瓜分完家庭的土地后,极有可能侵犯邻居的财产。同样,当一个人无法证明他拥有所有权时,他很可能会以贿赂打通官僚机构,或者在邻居的帮助下把法律玩弄于股掌之间。更糟的是,如果没有完善的法律来强制执行应尽义务,社会实际上是在鼓励黑帮和恐怖分子进行犯罪活动;前共产主义国家里的情况正是如此。我和同事们已经展开了正规所有权凭证运动,已经把恐怖分子变成了地方上的保安力量,来反对实际发生的或想像中的土地征用。

正规的所有权制度还为解决毒品走私问题提供了一个合法的途径。只要农民们还是不合法的土地拥有者,罂粟之类生长期短的经济作物就始终会是他们惟一的选择。对于发展中国家里的农民来说,贩毒者的钱实际上是他们惟一能得到的贷款;由于他们的所有权协定没有纳入官方的中央系统,执法部门不太可能找到他们,根本不会为他们研究出一个可行的解决办法。缺少法律保护还意味着毒品种植者必须联合起来保护他们的资产,或者找走私者来为他们工作。如果正规所有权制度不包容这类土地拥有人,就根本无法控制毒品作物种植者、追踪毒品走私贩、确认污染环境的人。当局也无法渗入不合法地区的互相联系的经济利益之中,无法得到人们在资产上创造出来的资本。

“正规所有权制度是文明社会的基础”并非一个新的论点。历史学家理查德·派普斯(Richard Pipes)在他关于俄国革命的著作中已经清楚地指出:

> 通过论证可以得知，私有权是社会和政治的融合中惟一一个最重要的制度。财产的所有权创造出对政治和法律秩序的义务，因为后者为所有权提供了保证，使公民能进入一个类似于共同主权的制度之中。同样，所有权还是劝导大多数人尊重法律、从维护现行秩序中获取利益的主要工具。历史事实表明，财产（主要是土地和住房）分布广泛的社会往往更加保守和稳定，出于这个原因，也更加适应于各方面发生的剧烈变故。这样，在18世纪时曾是不稳定性的根源的法国农民，在19世纪时由于法国大革命成果的影响，变成了保守主义的柱石。[19]

因此，把所有权正规化根本不是对穷人的慈善行为。创造出有秩序的市场、使权利所有人担负责任、使具有明确的所有权凭证的房屋值得给予财务援助，就会产生出一个扩大化市场，使货币进入多数社会特权阶层的口袋，把他们变成拥护改革的积极分子；还会使政府得到合法地位，使人们尊重官方的法律。

应付"钟罩"的管理人

当改革者把穷人和至少部分社会精英吸引到他们一边的时候，就是对付监督着"钟罩"的公共和私有部门的管理人员——主要是律师和技术人员的时候了。

● 律师

从理论上讲，最明智的律师应该赞同改革，因为改革会完善法律条文。但事实上，发展中国家和前共产主义国家的大

多数律师不是被训练来完善法律条文，而是在建立法律制度的同时维护法律的条文。律师是参与每天的所有权交易最深入的专业人士。正是他们坐在关键的政府职位上，能够封杀重大的决定。没有一个团体——除了恐怖分子组织——能像他们那样更好地破坏资本主义的发展。律师同恐怖分子不同，他们知道如何合法地进行破坏。

尽管企业家和普通群众是资本和资本主义的建设者，但正是律师们从复杂的所有权表述形式中确认了所有权的概念，并把它们定义在法律中。所有权的安全、所有权人的责任能力和交易的可执行性最终必须在律师们制定的程序和规则中具体化。事实上，正是法律界才使正规所有权制度的产物变得完美，而不管这些产物是所有权凭证、财产记录、商标、版权、本票、汇票、专利权，还是股份公司的股票。因此，不论你是否喜欢律师，没有法律界至少一部分重要人物的合作，所有权制度和资本的形成过程中就不会发生真正的变化。

这样的合作之所以非常困难，是因为律师们不懂得自身工作的经济意义。事实上，他们对不合法行为和大规模变革的反应通常充满敌意。我所遇见过的、正忙于使穷人更加能接受所有权的改革者都有一种假设，即法律界是他们的天敌。经济学家对法律上的保守主义非常恼火，于是投入时间和金钱来诋毁法律界人士。萨玛·K·达塔(Samar K. Datta)和杰弗里·B·纽金特(Jefferey B. Nugent)利用1960—1980年间52个国家的经济数字指出，工作人口中的律师人数每增加1%(从0.5%增至1.5%)，经济增长率就减少4.76%降至3.68%；他们借此试图将经济倒退和法律界的发展联系在一起。[20]

特别让许多改革者生气的是，律师们把不完善的所有权

制度归罪于他人。我们都听到过律师们一边称赞现行的所有权法案，一边承认合法发放的所有权凭证难以使用或根本无法使用。这当然不能接受。律师不能在制定出法律和设计出执行法律的行政程序后，再把法律的失败归罪于底层执法人员的不称职，或者归罪于使用法律的人员的缺乏教育。仅仅起草出措辞优雅的法律条文是不够的，你必须制定出能在法律所针对的行政和社会现实中发挥作用的法律。

在行政方面，对律师们阻碍所有权制度改革这一现象的最激烈的批评通常来自于他们的同行。律师S·罗顿·辛普森(S. Rowton Simpson)是世界上最著名的土地登记问题专家，他是这样描写他的同事们的：

> 全世界的律师都臭名昭著，因为他们不愿接受传统程序中哪怕最小的变化。查尔斯·狄更斯(Charles Dickens)写道："英国法律中的一个大原则就是各行其是……做鞋的人不觉得鞋挤脚，觉得鞋挤脚的人不知道鞋是怎么做出来的。"……法律界竭尽全力地反对托伦斯(Torrens)(澳大利亚的所有权记录系统是世界上最安全的系统，托伦斯是这个系统的缔造者之一)，但托伦斯还是战胜了澳大利亚南部律师们的反对意见。但他的成功只是例外情况。解铃还须系铃人，作为一个规律，大多数国家的所有权凭证登记制度都是律师创造出来的，并在其他律师的积极反对下变得漏洞百出。消极的抵制甚至也许比积极的反对更糟，因为积极的反对至少是或者成功或者失败，而消极的抵制更为阴险，它会使事情

> 毫无进展。不少法案在受到实践者的欢迎之后就已经完全失效;经证明,那些法案只是空谈,或者甚至是"乍看有益,但会导致毁灭的法案"。其他法案建立起的程序非常冗长,几乎使人无法察觉法律的进展。这样的法案当然不会给已确定的惯例带来危害,而且因此往往会被法律界接受,但这些法案事实上根本无法实现其既定意图;它们只是增加了法律条文的数量,即使算不上失败,至少也是没有成功。[21]

尽管律师们愿意承认经济学和政治学之类的其他学科必须具有活力,他们却争辩说,法案一经在法律制度内建立起来,就必须保持稳定。不管这种对法律规则的尊敬结果如何,它能使从事改革事业的律师冒受到同行们严厉申斥的风险。19世纪和20世纪早期,在说德语的国家里,法律界对所有权制度改革的敌意非常明显,任何改革派律师都会被人诋毁成Mestbeschmutzer——一种会在自己的窝里撒尿的动物。

改革者们听到的好消息是,法律界内最有才能的法学家(但不一定是最成功的)认为,法律是用来为人们服务的,而不是恰恰相反。尽管业内出现了反对所有权制度改革的倾向,历史表明,甚至在罗马法的范围内,西方有远见的法学家已经取得了成功。可以肯定斗争还在进行之中,主要是因为——正如彼得·斯泰因所评论的那样——律师们"对恰当理解法律制度所做出的贡献因他们对古癖的重视和把罗马法看成一种完美的产物的做法而变得非常模糊"[22]。然而,随着时间的流逝,欧洲伟大的法学家们克服了极端的刻板态度,因为正像斯

泰因所说的那样："他们把变成精于纷繁芜杂的罗马法方面的专家和保证它能随着时间一起发展作为他们的职业。"[23]不论法律制度多么迟钝，最终在每个欧洲国家里都出现了一群优秀的律师来帮助打破"钟罩"。

因此，任何急于进行所有权制度改革的发展中国家或前共产主义国家的政府都必须精心制定策略来对付法律界。关键是要找到合适的律师。聪明、机警的政治领导人要避开精于动摇政治家改革决心之道的律师，要知道如何去找到那些愿意把法律形式提上变革日程的律师——即使这种变革意味着削弱法律制度。除非具有改革头脑的政治家能找到合适的律师，否则他就会受到占统治地位的法律专家的支配。这些法律专家们只会口头拥护改革，而同时又在暗中破坏改革。

各国政府里都有勇敢的、具有改革头脑的律师，明确了选拔标准，就能找到适当的人选。相当多的律师明白，决定变革的主要因素在法律之外。在我访问过的每个国家，我都发现了很多非常熟悉不合法地区的政府律师。他们每天努力地工作，在正规制度和不合法协定之间寻找和谐。一些学院派律师还很敏锐地意识到，在许多国家里，法律多元化一直是一个重要现象；他们还意识到，我们现在只是在开始探索前殖民地社会在法律和文化上的多元化程度。[24]但他们的工作往往被政府高层忽略，因此始终不为人所见。事实上，把这种律师推到政治决定边缘几乎成为了一种规律。

政治领导层正是要集合这些法律界人士来打破现状，完成势不可挡的全国性所有权正规化计划。然而，这一法律大军不会自发地出现，里面的每个律师都必须经过挑选才能录用。他们会一起变成给他们的同行带来变革的先锋。正是他

们才能打破数字和现实的庞然大物，向法律界解释把所有财产融入一个统一的、向所有人——不管是穷人还是有钱人——开放的法律制度对于他们及国家的未来有多么重要。他们还必须使法律界的其他人明白，现行的法律程序不仅已经变成了让人讨厌的事，而且还是阻碍世界上大多数人创造资本的不可逾越的障碍。律师也是人，当他们明白他们所捍卫的制度已经毫无希望地过时了之后，就会对改革作出肯定的反应。

● 技术人员

发展中国家和前共产主义国家不停地购买价值数亿美元的绘图技术和计算机化的所有权记录保存技术，使所有权系统现代化——然而，它们却无法融合不合法地区。任何人认真考虑一下所有权制度优先关注的事务，就不会再感到惊讶。1993年，世界银行的一位专家警告说："社会上有一种趋势，认为土地所有权凭证是技术问题。而通常在地图绘制完毕和土地测量结束后，所有权凭证却因为系统堵塞或者法律问题而没有制作出来或发放下去。"[23]

就连技术人员自己也担心，他们可能也会对自己所发明出来的惊人的新技术目瞪口呆。加拿大的一位信息系统方面的著名专家对有些政府始终把技术和绘制地图看做所有权制度的基石的做法感到非常忧虑：

> 政府努力把资源管理简化成地理信息制度的问题，这就使我们目前处于要把这种荒诞的说法一直维系下去的危险之中。技术具有吸引力，能产生实实在在的结果，但这只是解决问题的部分方法……

> 咨询公司和救援组织时常向外输出它们所熟悉的系统(通常是它们自己生产的东西或者是它们用过的东西),而不充分考虑接受这些物品的国家的需要和局限……专业顾问需要更虚心一些,有时还需要承认自己并非总是无所不知,或者承认他们的系统也许并不合适。[26]

这些专家们说得不错。不管其意图有多么良好,只要政府认为只需接触实际事物就可以创造出所有权,所有权正规化计划就会一败再败。政府认为,只要对全部物质资产进行照相、勘察、测量和信息化处理,它们就掌握了发放所有权凭证所需的全部资料。但实际情况不是这样的。照片和财产目录清册只是让当局了解到资产的静止物理状态,而并没有告诉它们关于社会契约的情况——谁拥有这些资产或者人们如何组织这些资产的各种权利。世界上任何照片和信息化的所有权目录都不会告诉人们任何关于执行这些权利或者支持这些权利的关系网络的地方性规则。地图照片和所有权目录在测量和定位所有权所依附的资产方面确实非常重要,但它们没有为政府提供关于创造所有权的社会契约的情况。

然而,随着科技的风起云涌,一些国家倾向于把与所有权有关的问题塞进绘图和信息技术部门。结果,认为所有权是物理世界的一部分——在这个物理世界中,所有权的自然载体是合法的,而且具有经济特性——就使所有权的真正本质变得模糊不清。所有权与经济中的不可见事物联系在一起,而地图是实实在在地存在着的自然事物的相似物。因此,掌握了资产的自然信息的地图缺乏所有权的真正信息。如果政

府得不到与不合法协定相关的制度和经济方面的资料，就不能掌握“钟罩”之外的真实情况。这样，它们就无法完成真正要做的工作，无法帮助人们锁定资产在物质现实世界中的所有权信息，也就无法同时掌握资产在虚拟和物质两方面的情况。

除非打破使用正规所有权制度的阻碍并用法律来替换不合法的协定，人们提供信息使地图和数据库得以更新并保持可信性的动机不会简单地出现。人们不是因为急于给土地照相、做记录或者缴税才加入正规所有权制度的；只有当经济上的好处很明显，而且他们能确信保护他们的权利的社会契约是法律的一部分的时候，他们才会加入正规的制度。

只有当正规法律代替不合法协定成为所有权的合法来源时，技术才能有助于记录所有权。只有到了那时，所有权记录和地图才能从速朽的快照转化成“活的土地清册”，因为到那时，所有权人才会有兴趣不断地记录下每一笔交易，而不是带着有关资料潜入不合法地区的黑暗之中。只要当局默许所有权继续留在不合法地区，所有权人就既没有动机也没有办法去提供资料，使正规的地图和所有权记录得以更新。其底线在于，社会契约所存在的地方决定了所有权记录和地图的保管地。

这不是一个尚在争论中的问题：受技术驱使的所有权凭证计划往往会蜕变成物质储备的识别系统、过时的土地全书或者历史遗迹，而不是活的土地清册。所有权凭证计划的失败甚至会使地图和计算机产业付出高昂代价，因为那些批准预算、希望这些新技术会把穷人纳入正规制度的政治家会意识到他们实际上并没有实现既定的目标。不可避免的结果

是，这些项目的预算大幅降低或者项目终止。这类事例很多。

我们已经看到，事实上，早在今天的计算机出现以前，以虚拟现实形式出现的合法所有权就已经在西方国家出现了。计算机所做的只是用自动化方法提供了对虚拟现实的书面和图形表述，以期更好地保管、检索和处理。这些技术在西方国家不需要太多的法律和政治上的补充就可以很好地发挥作用，其原因在于这些国家拥有包罗万象的社会所有权契约的时间已长达100多年。因此，当最近的30年里出现数据库系统、地理信息系统、遥感技术、全球定位系统，以及所有奇妙的信息技术工具时，西方国家能够把已经在系统和法律里组织好的资料输入计算机中。

这并不是要说，工程技术、系统集成化、信息技术公司、设备经销商、登记顾问，以及其他所有从事调查、绘图和现代化登记业务的所有权记录服务人员和机构对于所有权制度的正规化并不重要。恰恰相反，只要经过适当的调整以适应不合法环境下大量的登记内容，以上人员和机构对于在任何所有权制度正规化项目中决定所有权的自然位置、处理和综合信息就都不可缺少。事实上，只要解决了不合法地区的法律和政治问题，技术将是财政预算的主要着眼点。

以政治为主

使法律发挥作用，使地图和计算机完成真正要做的工作——也就是打破“钟罩”——是一项政治任务。只有真正的政治领导人才能把纠缠于过去的所有权法律转变成对于现实具有远见的评定，从过分关注技术转变为关心社会普遍利益。由于现行的制度趋向于拥护和保护现实状态，我们才需要政

治家。找出办法使技术统治论自行转变也是一项政治上的任务。

政治上的干预是必要的，因为“钟罩”内的现行体制通常不便于实施快捷的、大范围的改革计划，它们通常所提供的服务是根据西方国家用途较多的专业化部门组织起来的；而在发达国家，由于正规的所有权制度已经在发挥作用，所以只需要渐变。所有权制度的正规化完全不同于私有化。所有权制度改革的目标是要在同一时期内，把上百万的资产所有权交给上百万的人。除了隐藏在中间的持不同意见者之外，这些体制不适于开创全新的社会契约，不利于人们在这个社会契约下创造和获得资本。

也许，政治家必须管理向全面资本主义制度转变的过程的最重要原因在于，有半数工作属于沟通范畴。在大多数人的同意下改变进程和打破“钟罩”需要综合的、多层次的沟通计划，并以此识别出国家内各种不同的利益集团。此类计划需要描绘全面的资本主义制度如何对不同的利益集团施加影响及这些集团会从中得到什么好处，并劝告它们说，改革对于所有社会群体来讲是一个双赢的行为。沟通总是包括出于不同的目的，通过某一媒介，把某物送交某人。对不合法部门来说，改革的核心必须立足于人们被压抑的进取心，并展示出融入新的正规法律制度的优越性。对于合法部门来说，政府必须解释清楚，政府所提倡的改革不会伤害合法的、可执行的权利，所有利益集团都会有收获。

最后但并非最不重要的是，所有权制度的正规化主要是一项政治任务，因为改革的领导人必须懂得所有权制度的最终目标不是起草优雅的法案，不是连接闪闪发光的计算机，也

不是印刷多色地图。正规所有权制度的最终目标是把资本交给全国人民。

注释：

① 为了清楚地了解关于这个题目的最新讨论情况，请参看威廉·M·兰德斯(Willian M. Landes)和理查德·A·波斯纳，《私有利益的宣告》，《法律研究杂志》，1979年3月第8期，第235～284页。

② C·赖诺尔德·诺伊斯，《贫困的制度》，第20页(纽约，朗曼格林公司，1936年)。

③ 约翰·C·佩恩，《探求所有权》，第17页，《亚拉巴马法律回顾》第14卷(1961年第1期)第1部分。

④ 安德列兹·拉帕辛斯基，《国家和市场在财产权建立过程中的作用》，《经济观点杂志》第10卷(1996年春季第2期)，第88页。

⑤ 参看罗伯特·C·埃利克森(Robert C. Ellickson)，《没有法律时的秩序——如何解决邻里纠纷》(马萨诸塞州剑桥，哈佛大学出版社，1991年)，为美国最有趣的、关于不合法的规则如何管理财产关系的讨论所作。

⑥ 参看理查德·A·波斯纳，《黑格尔和自由就业：评论》，《卡多佐法律评介》(1989年3—4月)第10卷。

⑦ 哈罗德·J·伯曼，《法律与变革：西方法律传统的形成》，第555～556页(马萨诸塞州剑桥，哈佛大学出版社，1983年)。

⑧ 詹姆斯·威拉德·赫斯特，《法律和经济自决的条件》，第28页。

⑨ 哈罗德·J·伯曼，《法律与变革：西方法律传统的形成》，第557页。

⑩ 罗伯特·库特和托马斯·尤伦，《法律和经济：财产的经济原理》，第四章，第79页(马萨诸塞州、艾迪生-韦斯利出版公司，1997年)。

⑪ 玛格丽特·格鲁特，《法律和思维》，第62页(伦敦赛奇出版公司，1991年)。

⑫ 布鲁斯·L·本森(Bruce L. Benson)，《法律的精神》，第2页(旧金山，太平洋公共政策研究院，1990年)。

⑬ 如果想了解不合法人员如何渐渐地进入正规社会部门，请参看赫尔南多·德·索托，《另一条道路：第三世界中的隐形革命》(纽约：哈泼和罗出版社，

1989年),尤其是第1章到第4章。

⑭ 布鲁诺·利奥尼,《自由与法律》,第10～11页(洛杉矶,纳什出版社,1972年)。

⑮ 参看罗伯特·萨格登(Robert Sugden),《自发的秩序》,载于《经济观点杂志》(1989年秋季第4期第3卷),尤其是第93～94页;同时参看F·A·哈耶克(F. A. Hayek),《法律、立法和自由》第1～3卷(伦敦,劳特利奇与基根·保罗有限公司,1973年)。

⑯ 阿莱詹德罗·M·加罗(Alejandro M. Garro),《路易斯安那州公共记录原则和民法传统》,第1页(路易斯安那州立大学,1987年)。

⑰ 约翰·C·佩恩,《探求所有权》,第20页,《亚拉巴马法律回顾》,1961年第1期第14卷第1部分。

⑱ 参见约翰·P·鲍威尔森,《土地的故事》(马萨诸塞州剑桥,林肯土地政策研究院,1988年)。

⑲ 理查德·派普斯,《俄国革命》,第112页(纽约,文达奇书局,1991年)。

⑳ 萨玛·K·达塔和杰弗里·B·纽金特,《消极的活动和人均收入的增长》,《世界发展》1986年第12期第14卷,第1458页。

㉑ S·罗顿·辛普森,《土地、法律和登记制度》,第170页(伦敦,剑桥大学出版社,1976年)。

㉒ 彼得·斯泰因,《法律的演变:思想发展的故事》,第53页(剑桥大学出版社,1980年)。

㉓ 同上书,第55页。

㉔ 参看萨莉·恩格尔·玛丽(Sally Engle Merry),《法律多元化》,《法律和社会评价杂志》,1988年第5期第22卷,第872页。

㉕ 林恩·霍尔斯坦(Lynn Holstein),《银行对土地凭证及登记制度的操作经验回顾》,《世界银行工作文书》1993年3月,第9页。

㉖ J·D·麦克劳克林(J. D. Mc Laughlin)和S·E·尼科尔斯(S. E. Nichols),《资源管理:土地管理和土地清册制度的组成部分》,《土地勘察与绘图》1989年第2期第49卷,第84页。

第七章 总 结

全球化的私人俱乐部

在西方国家之外，资本主义的发展正陷于危机状态。其原因并不是国际经济全球化进程正在倒退，而是发展中国家和前共产主义国家一直无法把自己国内的资本"全球化"。这些国家中的大部分人把资本主义看做一间私人俱乐部，看做一种只有利于西方国家公民和"钟罩"之内的特权阶层的歧视性制度。

全球更多的人也许正穿着耐克鞋，还把卡西欧手表擦得铮铮发亮，但他们即使在消费西方商品的时候，也非常清楚自己还在资本主义游戏的外围徘徊，而并没有在其中下注。他们的看法正确无误。正如我们已经在这本书中看到的那样：全球化不应该只是把发展中国家和前共产主义国家里的少数特权人士生活于其中的"钟罩"连接起来——这种全球化曾经出现过。19 世纪时，统治欧洲的王室基本上就是一个用血缘纽带相联系的大家族；分布在英国、法国、荷兰、西班牙和俄国的姻亲不停地就全球的政治和贸易进行接洽。资本主义在

19世纪时取得了胜利；到俄国革命和大萧条时期，资本主义已经在整个工业化世界占据了主导地位。但是，正如西班牙的奥尔特加·加塞特（Ortegay Gasset）和美国权威人士沃尔特·李普曼（Walter Lippman）指出的那样，尽管资本主义制度占据了社会的统治地位，并且具有复杂性，其制度本身通常还很脆弱。事实上，直到1941年，资本主义的发展还像美国经济学家莱斯特·瑟罗（Lester Thurow）所指出的那样：

> 地球表面基本上只剩下了两个资本主义国家：美国和英国……世界其他地方是法西斯国家、共产主义国家和第三世界封建殖民地。20年代的经济危机和30年代的大萧条已经把资本主义带到了灭亡的边缘。目前，看似势不可挡的资本主义只要再走错几步就会消失得无影无踪。[①]

不必再提醒拉美国家了。自1820年从西班牙统治下取得独立之后，它们至少已经四次尝试加入全球化的资本主义，但都以失败告终。它们从宏观上重组债务，通过抑制通货膨胀稳定经济，推动贸易自由化，把政府产业私营化（例如把铁路卖给英国），进行债务平等置换，检查税收系统。拉美人还根据消费者的层次进口各类货物——从英国的斜纹软呢西服和丘奇皮鞋到T形福特汽车。他们还通过听收音机或磁带学习英语和法语，跳查尔斯顿舞和兰贝斯慢步舞，嚼口香糖。但他们从未创造出资本。

我们现在也许都在享受通讯革命所带来的好处，有些人可以从埃及狮身人面像现在正盯着金字塔几码开外的麦当劳

快餐店的金色拱门这一事实中看到进步。不过,200个国家中还是仍然只有25个国家能够产生足够的资本,在扩展的全球市场中充分享受劳动分工所带来的好处。资本主义的活力源泉不是互联网或者快餐店特许经营,而是资本。只有资本能够提供必要的手段来支持扩大化市场中的专业化分工和资产的生产、交换。资本才正是日益提高的生产力的源泉,因此也是国家财富的源泉。

问题是,目前只有西方国家,以及——在较小的程度上——发展中国家和前共产主义国家里一小部分有钱人能够独占表述资产及其潜力的能力,因此有能力极富成效地创造和使用资本。它们在与世隔绝的封闭环境中繁荣起来;隐藏在它们的正规所有权制度内部的巨大的处理机制为它们的资产创造出与它们的物质存在相平行的实体——资本,为他们在资本主义道路上的发展增添了动力。

结果,在西方国家之外,人们带着不断增长的敌意看待资本主义,把资本主义制度当成一个他们无法进入的隔离性制度。甚至在某些特权人士之间也出现了一种认识,认为如果人们不得不只依赖外来的资本,并且一直依赖下去,那他们就永远无法在全球性的资本主义游戏中成为具有创造力的参加者。由于不能成为自己的命运的主宰,人们变得越来越恼火。既然发展中国家和前共产主义国家的政府已经开始了经济全球化进程,却没有为它们的人民提供创造资本的手段,这些国家开始不像美国,而更类似于拉美国家的重商主义及其国家内部不合法活动的混乱状态。②10年前,很少有人会把前苏联各加盟国比作拉美国家;但今天,它们看起来惊人地相似:强大的地下经济、显著的不平等、黑帮活动四处蔓延、政治不稳

定、资本流失、公然蔑视法律。

这就是为什么在西方国家以外对资本主义的鼓吹已经从政治上退却,并且被看做依然是造成第三世界国家和前共产主义国家的大多数人民的痛苦和不公平的原因。它们正快速地失去一二十年前所赢得的领导地位。例如,1999 年埃及上枢密院警告政府说:“不要再被对资本主义和全球化的呼唤所欺骗。”[③]理由是:它们已经忘记了所有权制度改革的关键问题,还忘记了穷人没有合法的办法得到资本,因此也就没有合法的办法使资本带来成果。结果是,资本主义的鼓吹者已经使自己变成了现实状况的保护者,盲目地试图执行现存的书面法律,而不管这些法律是否有歧视性。

发展中国家和前共产主义国家的法律确实有歧视性。我在第二章中已经详细介绍过,这些国家中至少有 80% 的人口不能为他们的资产注入生命力,不能使资产创造出资本,因为法律把他们排斥在正规所有权制度之外。他们是资本不足的社会群体,手中的上万亿美元全是僵化的资本。这些资产就像分离开的一个个小的湖泊,湖水消失在贫瘠的沙地里,而没有形成被统一的所有权制度所吸收的巨大水体,并得到产生资本所需的形式。同发达国家的历史情况一样,发展中国家和前共产主义国家里的许多人在一大堆互不相联的非正规协定的基础上掌握和使用资产,责任范围只限于当地。因为他们没有合法的所有权所带来的共同标准,也就缺少使他们的资产能够互相交流的语言。让他们耐心地等待资本主义所带来的好处像小溪一样一路渗到他们身边是没有用的。除非夯实正规所有权制度的坚固基础,否则这种情况就永远不会出现。

发展中国家和前共产主义国家将面临的一个问题是，由于战胜了共产主义而非常傲慢、醉醺醺的全球化资本主义的建设者还必须明白，他们为了使经济全球化变成现实而进行的宏观经济改革是不够的。的确，我们不能忘记全球化的形成是由于发展中国家和前共产主义国家正在开放一度被保护起来的经济、稳定金融货币、制定规范性的框架，并以此来加强国际贸易和私人投资。所有这些都是好现象。不好的现象是，这些改革是以这些国家里的大多数人已经融入了合法制度并且有能力在开放的市场中使用他们的财富为前提。而实际上他们还没有。

我在第三章中分析过，大多数人还无法加入到扩大化市场中，因为他们还没有进入合法的所有权制度，也就无法以使资产能够广泛地转让和互换的方式来表述资产，也就无法负担债务，无法使所有权人担负起经济上的责任。只要大多数资产还没有被恰当地记录下来，并且能够被所有权管理机构跟踪记录，资产在市场中就是无形的，无法用来产生资本。

因此，通过稳定经济和依照"所有权目录"进行调整，这些宏观经济计划已经戏剧性地使经济总量的管理得以合理化。但是由于它们的财产目录没有注意到大多数人没有财产所有权这一事实，它们只完成了创造综合性的资本主义制度和市场经济的任务的一小部分。它们的工具只适用于系统化法律内部"全球化"的国家，当所包含的、连接有效的货币和投资工具的财产所有权制度准备就序的时候——这些国家还有一些事要做。

事实是，太多的政治决策者以奥林匹克的态度来看待全球化进程。一旦他们稳定下来、根据宏观水平作出调整、允许

合法企业和外国投资者进行发展、允许正统的经济学家控制财富时，他们就觉得已经完成了责任。由于他们只着重于处理经济总量的政策，他们觉得没有必要去知道人们是否真的有办法加入到扩大化的市场体制中。他们忘记了人们才是改革的基本导火索，忘记了把重点放在穷人身上。之所以有这么大的遗漏，是因为他们的脑子中没有“阶级”概念。用其中一位权威者的话来说，他们没有“能力去理解哪怕一丁点儿其他人的生活情况”④。

经济改革家把穷人的所有权问题交给了对改变现状不感兴趣的保守的法律制定者。结果，公民们的大多数资产一直僵化在不合法地区，无法被转化成活的资本。这就是为什么鼓吹全球化和自由市场经济改革的人被那些被排除在外的人看成保护阶级利益的、统治“钟罩”的捍卫者。

面对马克思所说的“幽灵”

贫困国家的大多数经济改革计划事实也许正在掉入卡尔·马克思所预见的圈套，即资本主义的重大矛盾在于它成了自己的掘墓人，因为它无法避免把资本集中在少数人手里的结果。这些经济改革计划没有办法使大多数人进入扩大化的市场，所以为阶级对立留下了广阔的空间：一边是有益于能把自己的所有权书面化的少数特权阶层的资本主义市场经济，另一边是大量无法平衡自己的资产的资本不足的社会部门内的相对贫穷。

在今天这个年代还有阶级对立吗？我们不是在十多年前把这个概念和柏林墙一起摧毁了吗？不幸的是，答案是否定的。发达国家的公民也许很难理解这一点，因为在西方国家

里，那些不满资本主义制度的人生活在“贫穷地带”。[5]然而，发展中国家和前共产主国家的痛苦并不局限在少数地区，而是分布在整个社会里。这些国家中的“富裕地区”才是凤毛麟角。在发展中国家和前共产主义国家，西方人所说的“下层阶级”占了大多数。过去，当不断增长的期望得不到满足时，大量愤怒的穷人们就会迫使表面上很顽固的特权阶层屈服（例如伊朗、委内瑞拉和印度尼西亚）。有充足的理由解释为什么西方国家之外的大多数国家要依赖强有力的情报部门，生活在堡垒似的高墙后，周围还有武装人员巡逻。

今天，在很大程度上，就某一国家的正规财产制度是否广泛、根据谁能确认财产所有权和产生资本与否来划分阶级而言，发达国家与发展中国家、前共产主义国家之间的差别仍不容忽视。如果拒不接纳不断扩张的不合法财产所有权，可以想像，整个社会也许要无奈地生活在双重经济中——一方面是所谓的守法阶层，一方面是赤贫的不合法阶层。但最有可能的是，随着信息和通讯的不断发展，穷人会更清楚地明白他们缺少什么，注定要产生对法律隔离制度的怨恨。在这一点上，生活在“钟罩”外的人首先会被依靠社会不满的政治代言人利用起来去反对现状。《世界经济论坛》的克劳斯·施瓦布（Klaus Schwab）说：“如果我们不找出办法使全球化更加包罗万象，我们就不得不面临着过去的尖锐社会对立在国际范围内重新出现。”[6]

冷战也许已经结束，但旧的阶级论调并没有消失。世界范围内的颠覆性活动和种族、文化对立的高涨证明，当人们极度不满时，他们会根据共同受到的伤害继续组织成阶级。正如《新闻周刊》所言，自19世纪80年代以来，美洲“各种斗争

都有它自己的历史根源，但斗士们全都辱骂同一个敌人：新一代拉美资本主义"[7]。在这类情况下，马克思主义的方法论比资本主义思想更适于解释阶级对立现象，因为后者不具备相应的分析或者甚至认真的策略来接触不合法部门内的穷人。除了居高临下的、具有独创性的、分散的小型援助项目之外，资本主义者对于下层阶级的人们如何变成现在的样子和社会制度怎样才能提高他们的地位通常没有系统的解释。

当人们正在失去希望并寻找全面的全球性观点来改善他们业已绝望的经济前景时，绝不应该低估马克思主义综合原理的潜在力量。在经济繁荣时期，人们往往没有时间用于深入的思考。然而，各种危机能够突出头脑对秩序和困扰的解释的需要。在这层含义上，马克思主义方法论——不管它以什么形式重新出现，它也肯定会重新出现——能比资本主义方法论提供更有力的概念，用于处理西方国家之外的资本主义的政治问题。

事实上，马克思对资本的理解通常比亚当·斯密的理解更加全面复杂——乔治·索罗斯(George Soros)在他最近关于全球资本主义的危机的一本书中就是这么评论的。[8]首先，马克思很清楚，"与其说货币和商品是资本，不如说它们是创造资本和维护资本的手段。它们需要被转化成资本。"[9]他还明白，如果能把资产转化成商品并使之在市场上互相影响，就能表现出让人察觉不出的价值，但能用来产生租金。对于马克思来说，所有权是一个重要事物，因为利用资产的人得到的不仅仅是资产的物理特性。其结果是，马克思主义的智力方法论使反对资本主义者得到有力的工具来解释为什么私有财产必然会以牺牲穷人为代价，把资产交到富人手中。

对于那些还没有警觉的人来说，反对资本主义和全球化的火药库正在逐渐形成。今天，有严谨的统计数字为反资本主义者提供了他们正在寻找的、用来证明资本主义把财产从穷国向富国转移的武器。西方在发展中国家的私人投资根本就是多国夺取发展中国家的资源。在过去10年间，发展中国家和前共产主义国家的浮华的汽车、奢侈的住宅和加利福尼亚式购物中心的数量也许有很大增长，但穷人的数量也在增长。南希·伯索尔(Nancy Birdsall)和胡安·路易斯·伦敦尼奥(Juan Luis Londoño)的研究表明，在过去10年里，贫困的增长得越来越快，而收入分配也变得更加糟糕。[10]根据联合国1999年一份长达113页的《人类发展报告》所说，俄罗斯联邦的国内生产总值1990—1997年下降了47%，使几百万人被迫进入不合法的社会部门。这份报告还特别显著地揭示，俄罗斯男性人口的寿命已经下降了4岁，达到58岁。这份报告把这种结果归罪于向资本主义的转变和全球化所带来的效应。

所有这些意义明确的研究工作都是善意的警告信号，它们也准备好了打击和摧毁私有化计划和资本主义全球化所需的智力上的导弹。因此，识别出马克思主义潜在的含义，然后补充进自他逝世后我们所学到的东西，是非常重要的。我们现在能够表明，尽管马克思清楚地看到了与自然资产平等的经济生命——即以赋予了生命的独立形式出现的人类头脑的产物[11]——他还没有完全明白，正规的财产制度不仅仅是分配的工具，而且还是推动人们创造真正的额外可用价值的手段。而且正如我们在第三章中所见，他还不明白正是包含在所有权制度中的机制为资产和投资在资产上的劳动赋予了用

以创造资本所必需的形式。尽管马克思对于资本如何与众不同，并且在可交换时如何具有更大的社会用途的分析是理解财富问题的基础，他还无法预见到合法的财产制度在多大程度上会成为增进价值交换的关键工具。

马克思比同时代的其他所有人都明白，在经济生活中，没有比简单地从资源的自然特性的角度看待资源更加盲目的事。但在他生活的时代里，可能无法很快地明白正规的财产制度如何通过表述使同样的资产服务于额外的功能并产生剩余价值。因此，马克思看不到提高所有权的受益范围是如何符合所有人的利益的。他也许还出生得太早了，觉察不到所有权凭证只是正在发展的正规所有权制度的冰山一角，而冰山的其余部分现在已经变成用于提取资产的经济潜能的庞大的人造设施。这就是为什么马克思没有完全明白合法的所有权是确认和分配资本的过程中不可或缺的一部分，没有所有权，人类就不可能把劳动成果转化成可以区分、组合、分割并用于产生剩余价值的可交换的流动形式的原因。他没有认识到，一套完善的所有权制度就像一把瑞士军刀，它有许多功能，而不仅仅是基本的"所有权"的刀刃。

我对完善的所有权制度的尊敬并没有使我忽视一个事实，即如马克思所说，这些制度也能用于盗取他人财产。世界上总是有很多骗子，他们善于利用所有权文件从不加警觉的人们手中搜刮财富。然而，你不能仅仅因为有人可能会利用正规所有权制度来进行盗窃就抛弃正规所有权制度，也不能因为有人会利用计算机和汽车进行犯罪，就放弃计算机和汽车。我要说，如果马克思今天还活着，并且看到了铁幕两边都发生了不合理分配资源的现象，他可能会同意：无论是否有正

规所有权制度，抢劫都可能发生。他还会同意控制偷盗更加依赖于权力的运用，而不是依赖于所有权制度。此外，尽管马克思给予“剩余价值”一个非常特别的定义，这个词的意思并不局限于他的笔尖。人类一直在创造剩余价值：例如金字塔、教堂和大量军队。很显然，西方国家今天大量的剩余价值并不是诽谤性地利用剥削劳动时间得来的，而是所有权制度创造出能够用来从商品中提取附加值的机制而得来的。

我们全都受到所处时代的社会条件和科技的制约，卡尔·马克思也不例外。剥夺小业主们的生存手段、当代私有权限制在少数从封建契约中受益的人身上、掠夺公共土地、奴役土著人口、抢夺被侵略者的财产、通过殖民制度“猎取黑人”，也许都是马克思所说的“资本原始积累”的基本前提条件。然而，这些条件很难再出现在今天。自马克思以来，形势已经发生了变化。今天，掠夺、奴隶制和殖民制度得不到政府的认可。另外，几乎所有发展中国家和前共产主义国家都把财产权作为基本因素。今天的大多数国家都是某一条约的参加国，例如《世界人权宣言》，而且都有某种制度规定说，平等的财产是基本人权之一。

还有，正如我们在第六章中看到的那样，发展中国家的当局并没有闭口不谈把资产交给穷人。在整个第二和第三世界的城市里自发出现的大量不合法建筑物和企业也许没有能让他们创造出资本的正规契约，但政府已经默认了他们的存在和相关的所有权协定。在20世纪的许多发展中国家，作为农业改革计划的一部分，大量土地已经交给了贫穷的农民(尽管没有创造资本所需的所有权表述)。这些国家的政府也并非不愿意为所有权事务造预算。基本上，几十亿美元已经用于

与凭证和所有权登记相关的大量技术活动中，例如土地调查和绘图。

所有权使资本“更加友好”

发展中国家和前共产主义国家还必须懂得，合理建造起来的正规所有权制度不仅仅是一个为资产颁发所有权凭证和记录、绘制资产情况的系统——它还是一个思维工具。正如我们在第三章中看到的，就连发达国家自己也意识不到他们自己的所有权制度代表了国家中关于资产的真正社会契约，能够使人们的头脑集中在这些制度上。这就是西方国家所有权制度的秘密——即“友好的思维”，允许西方国家能够把注意力集中在从资源中提取资本的问题上。

完善的合法所有权制度以我们的思维、以我们能够控制的方式来获取和掌握所有关于资产的信息。它不仅仅收集、综合、协调关于资产及其潜能的数据，而且还包括我们对资产及其潜能的思考。简而言之，资本来自于西方国家在虚拟环境中利用所有权制度对资源进行表述的能力；只有在这个虚拟环境中，人类的思维才能确认和识别资产对人类的意义。

综合性的所有权制度的革命性贡献在于，它解决了认知的基本问题。我们可怜的人类只有五种感觉，这对于我们处理扩大化的市场的复杂现实远远不够，更不用说去处理全球化市场的情况了。我们需要使自身的经济特征和资源浓缩成我们的头脑能够轻松掌握的实质内容。所有权制度做到了这一点——它使资产的形式便于我们能够区别出其异同点以及该资产与其他资产的关系。所有权制度把资产落实在资产表述中，能够跨越时间和空间对资产进行跟踪。此外，它还使资

产在向我们的思维进行表述时能够互换，使我们能够轻松地对其进行组合、分割，并利用资产来创造出更有价值的产品。这个新陈代谢过程把资产分解成能够为资本创造增添动力的形式，是经济增长的主要原因，因为经济增长就是从有限的资源中发现和提取附加值。

一套完善的合法所有权制度是一种媒介，使我们能够互相理解、建立联系、综合关于资产的认知，来提高我们的生产力。这正是我们从康德的《纯粹理性批判》一书中得到的要点之一：我们对现实的认识是不完全的，因为我们局限于只有可怜的五种感觉来体验现实。因此，我们必须找到表述现实的办法，使我们能够超越感觉的局限性。这正是精心设计的所有权表述的目的。所有权表述使我们能够查明资源的经济潜能，增强我们处理这些表述的能力；所有权表述不是"纯粹的书面性东西"，而是一种调节性机制，方便我们认识有用的事务，而我们的感觉在乍逢之下却不能清楚地发觉。

财产记录表明了我们认识事务的目的，借用托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas)的话就是："箭的移动取决于射手。"[12]所有权文件通过表述我们所拥有的事物的经济方面的内容，并把它们融入我们的头脑能够快速掌握的范畴，减少了处理资产的成本，并相应地提高了它们的价值。事物的价值可以通过减少认识和交易的成本来得到提高——这一概念是诺贝尔奖获得者罗纳德·科斯(Ronald Coase)对人类的主要贡献。在他关于公司的本质的论文中，他证实说，在得到控制和协调的公司内部可以大量减少处理交易的费用。[13]在这层含义上，所有权制度就像科斯的公司——减少交易成本来控制环境。

我看待这个问题的方式是，所有权揭示了隐藏在我们所

积累的资产中的资本的能力来自于人类控制环境、取得繁荣的智力传统。几千年来，最聪明的人士一直在告诉我们：生命有不同程度的现实性，大多是肉眼看不见的；我们只有通过建立表述机制才能掌握。根据柏拉图最著名的类推，我们像是被锁在山洞里的囚徒，背对着洞口，因此我们所了解的全部世界只是投射在我们前面的墙壁上的阴影。这个例子所表明的真理在于，决定我们命运的许多事情并不是显而易见的。这正是文明努力决定表述制度的外观，以获得和掌握现实中的虚拟情况，并用我们所能理解的方式进行表述的原因。

正如玛格丽特·博登（Margaret Boden）所说："新的表述制度是人类最重要的创造，它包括正规的符号（例如阿拉伯数字，还有'0'）、化学方程式或者音乐家所用的乐谱、二分音符和四分音符。计算机程序语言是最近出现的例子，成为能够表达和发展各种有效步骤的符号系统。"[14]数学和综合所有权制度之类的表述制度的作用在于，用我们能够理解的方式来操作和规范世界的复杂性，使我们能够沟通用其他方式无法处理的相关问题。这些就是哲学家丹尼尔·丹尼特（Daniel Dennett）所说的"思维的补充部分"[15]。我们通过表述制度要做的工作就是展示世界的主要方面，以改变我们理解世界的方式。这还同哲学家约翰·瑟尔（John Searle）的发现相关，他说，通过人类的共识，我们能够"对某些现象指定新的状况，这种状况起到了伴随性的功用，不能根据所说问题内部固有的物理性质单独发挥作用"[16]。在我看来，这非常接近合法所有权制度所做的工作：所有权制度通过社会契约在概念性空间里，为资产赋予一种状况，使资产能够发挥产生资本的功用。

当然，这一概念性空间不是最近才出现的。自古代开始，

它就是哲学的一个基本命题,一直吸引着我们这一时代的伟大思想家的注意。法国哲学家米歇尔·富高勒称之为"中间地带",它提供了一个开关系统,组成一个秘密网络,社会在这个秘密网络中建立起不断扩张的潜力。[17]我把正规的所有权制度看做一种调度场,使我们不断延伸所积累的资产的潜能,来增加资本。我还从卡尔·波普尔"第三种世界"的概念中获益匪浅——第三种世界区别于自然状态的第一世界和思维领域的第二世界——在第三种世界中,我们头脑的产物自动存在,影响了我们处理自然现实的方式。[18]我们正是在这个概念性空间中创造出正规的所有权制度——在这个制度下,西方国家组织起关于资产的知识,并从中提取出产生资本的潜能。

因此,正规的所有权制度是一件非凡之举,比简单的所有权本身还要重大。人类不像露出牙齿来保护领地的老虎和狼,在自然界是一个弱势生物,却创造出合法的环境——所有权制度——来保护自己的领地。由于西方国家创造出来用于解决权利要求的表述制度没有完全实现其意图,它们就采取了一种新的方式为资本的确认和实现提供了所需的知识基础和规则。

表述制度的敌人

具有讽刺意味的是,资本主义的敌人似乎总是比资本主义者更加明白资本的本质。他们认为非常阴险和危险的正是资本主义真实的一面。维维安·弗雷斯蒂埃(Viviane Forrester)在她的畅销书《悲惨经济》中指责说:"资本主义已经侵入了现实空间和虚拟空间……以从未有过的气势搜刮和隐匿起财富,摆脱人们的控制而隐藏在符号之中。符号已经变成

了只能存在于虚拟世界中的抽象交易的主题的符号。”[19]不管她是否明白，弗雷斯蒂埃女士只是高贵的智力传统的一部分。卡尔·马克思还认识到，资本的本质与资本所控制的资产的自然特权没有联系。根据马克思所说，为了理解资本，人们必须求助于“超自然的微妙之处”[20]。事实上，马克思非常瞧不起守财奴，因为他相信，“现实中的因素无法还资产以本来面目。”他说，资本是“独立存在的东西……货币和商品只是资本所采取和交替转换的形式”。

对资本的虚拟性的担心应该不会令人惊讶。每次当文明构想出借助表述来利用现实世界的新办法时，人们都会变得狐疑不决，往往还会作出不利的反应。当马可·波罗（Marco Polo）从中国返回时，他用中国人使用纸币而不是金属货币的消息使欧洲人大吃一惊，欧洲人很快将此斥为炼金术。事实上，一直到 19 世纪时，整个世界一直抵制表述性的货币。最近派生出来的一种货币形式——电子货币、电信转账以及目前无处不在的信用卡——也需要时间加以适应。可以理解，随着价值的体现越来越不笨重同时越发虚拟，人们变得非常怀疑，因为这是进一步脱离自然现实，走向未知世界。还有，新的所有权派生形式（例如抵押背书债券）也许有助于形成额外的资本，但它们也会使生活更加复杂。因此，人们往往比较满意前苏联和拉美壁画上汗流成河地在土地上耕种或操作机器的劳动者形象，而不是在计算机的虚拟世界中处理所有权凭证、股份和债券的资本家，似乎通过表述进行工作比肮脏的手还要脏一样。

像所有的表述制度——从书面语言到货币和网络符号——一样，所有权文件被许多知识分子看成吹牛者、做假者

和贪婪的帝国主义者猖獗的领域。对表述的反对态度并不可笑,可笑的是政治构想形成过程中的强大暗流。法国哲学家雅克·德里达(Jacques Derrida)在《关于语言逻辑》一书中回忆了卢梭如何分辩说作为一种表述形式的文字是人类不平等的一个重要因素的。对卢梭来说,懂得文字的人能够控制成文法律和官方文件,并因此控制人民。克劳德·莱维·斯特劳斯(Claude Levi Strauss)也辩论说:"书面交流的主要作用就是便于镇压人民。"[20]

我同任何反资本主义者一样明白,表述制度、尤其是资本主义的表述制度,是如何用来进行剥削和侵略的,以及它们如何造成无尽的恶行,使多数人受到极少数人的统治。我甚至还在本书中讨论了官方文件是如何用于全面统治的。然而,我还是认为表述的艺术和学问是现代社会的支架。不管如何驳斥和破坏文字,电子货币、网络符号和所有权文件还是能够让这种破坏力量消失。解决的方法就是使表述制度更加简单和公开,努力帮助人们去理解这一制度。否则,法律隔离制度还会持续下去,创造财富的工具还会始终留在生活在"钟罩"里的人手中。

实现资本主义是否属于文化范畴?

考虑一下世界上最成功、最有钱的企业家比尔·盖茨(Bill Gates)。除了个人天赋之外,他的成功有多少应该归于他的文化背景和"新教徒的伦理"? 或者说,他的成功有多少应该归于美国的合法所有权制度? 没有专利法进行保护,他能创造出多少软件革新? 没有可执行的合同,他能进行多少交易和长期计划? 没有有限责任制度和保险条款,他最初能承担

多大的风险？没有确认和储藏资本的所有权记录，他能积累起多少资本？没有可交换的所有权表述，他能汇集多少资源？不能发行股票，他能使多少人变成百万富翁？如果他不得不在分散的村舍工业的基础上开展经营而无法用恰当的所有权工具把这些村舍工业组织起来，他能从多大规模的经济中受益？没有世袭继承制度，他如何把他的帝国交给他的子女和同事？

我认为，如果没有建立在强有力的综合社会契约基础上的财产所有权制度，比尔·盖茨或者西方任何地方的任何一位企业家都不可能取得事业上的成功。因此，我谦恭地请求，在生活在“钟罩”内的任何特权人士试图向我们证明取得资本主义的成功需要某种文化特性(这往往出现在某些已经取得成功的国家里)之前，我们应当首先查明：当发展中国家和前共产主义国家走出不合法协定并建立起使每个人都能创造出资本的所有权制度的时候，会发生什么情况？

在整个历史上，人们混淆了继承下来用来创造剩余价值的表述工具的有效性和文化固有的价值。他们忘记了仅仅几百年前，西方还不得不掠夺南部富裕地区的文化来维持生活，照抄南部地区的法律制度来组织自己的人民，学习南部地区的字母、数字符号和系统来传递信息和进行计算。今天，由于某些知识分子意识不到合法的所有权制度给社会带来的巨大好处，他们把取得的成功归因于文化特质。结果，许多西方人相信使资本主义获得成功的是他们继承下来的工作守则，或者是他们的宗教所创造出的存在主义的痛苦，而完全忽略了全世界的人民在可能的情况下都在努力工作、存在忧虑和过度劳累的父母并不只是某些国家专有的现象等事实。因此，

我们需要制定大量研究计划来解释为什么资本主义在西方之外一事无成，为什么资本主义依然还被投入一个标有“文化”的大瓶子里，使我们许多生活在特权地区的人躺在那里，哪怕只是暂时享受一下处于高位的乐趣。

我敢打赌说，总有一天，随着完善的所有权法律的有力证据逐渐被人理解，这些文化上的论调会消失干净。同时，正如外交部的法里德·扎卡里亚(Fareed Zakaria)所说：

> “文化是个热门。我所说的文化并不是指瓦格纳(Wagner)或者抽象主义——他们一直就是热门——而是指把文化当成社会现象……文化上的解释一直存在，因为知识分子们喜欢这样做。知识分子们大量地用文化来创造出国家历史上有价值的具体知识；文化使社会研究变得神秘莫测和复杂……但文化本身是能创造和变化的。在如此之多的文化态度、口味和喜好之后就是创造文化的政治和经济力量。[22]

这并不是说文化无足轻重。当然，日本除了近代在国家内部进行了意味深远的资本主义变革之外，它在文化上一直与众不同。日本人的文化遗产总是在决定发展的性质和创造的可能性的范围。[23]然而，这些可能性到底能实现多少，有多少人能够从交换经济的劳动分工中受益，主要还依赖于他们正规的所有权制度。

全世界的人都有被认为是属于文化范畴的喜好、技巧和行为模式。我们的任务是要研究有多少文化特征真正是人们

根深蒂固、不可改变的本质，有多少文化特征是由经济和法律因素制约的。埃及和秘鲁的非法定居现象是古代阿拉伯人不可改变的游牧传统的结果吗？或者是安第斯山脉的土著盖丘亚人在不同的海拔上来来回回耕种的风俗的结果？还是埃及人和秘鲁人用了超过15年的时间才取得在沙漠土地上定居的结果？依我的经验，非法定居现象的根源主要是后者。因为，当人们有权用有秩序的机制在土地上定居时——这反映出他们会少量依照法律规定的原则——他们会一直坚持下去。今天大多数被看做文化遗产的事物并不是人们的道德伦理或特殊品质的不可避免的结果，而是对实施合法所有权制度所付出的相应代价和好处进行理性评估之后的结果。

合法的所有权制度使任何文化下的个人都拥有了力量，我还怀疑所有权本身和任何文化都有直接抵触。越南、古巴和印度移民显然在适应美国所有权法律时没有多大问题。经过精心设计，所有权法律能够超越文化范畴，增强不同文化之间的信任，同时还能减少把事物和思想集中起来的成本。合法的所有权制度决定了不同文化之间的交换率，因此赋予它们经济共通性的基础，使人们能够在其中生活并互相进行交易。

更加个人化的观点

我相信，资本主义在发展中国家和前共产主义国家里失去了前进方向。这些国家的资本主义制度并不公平，同时也和社会的最大组成部分脱离了联系。它没有成为为所有人带来机会的因素，而是不断地变成自私自利的商人和技术统治论者联盟的主旨。我希望借这本书表达出我的信念，即这种

情况相当容易纠正。补救办法是要求政府自己进行研究，寻找揭示资本的五个神秘之处的办法：(1)包括穷人在内的所有人都有能力积累资产；(2)他们所缺乏的是能够把他们的资产转换成资本的综合所有权制度；(3)穷人不是问题的根源，而是解决问题的关键所在；(4)在西方国家的历史上，穷人也是解决问题的关键所在；(5)建立能够创造出资本的所有权制度需要和社会契约相联系，解放人民的手脚——这个任务不能被忽略，因为这是一项政治任务。

这意味着要和下列事实达成妥协，旧的经济进程已经结束，需要一套新的、大胆的责任。继续呼吁开放经济而不面对现行的经济改革只是为少数特权阶层开放了门户；把大多数人隔离开是没有意义的。目前，资本主义全球化的发展进程主要关心的是，把生活在“钟罩”之内的特权阶层联系起来。我们的目的是，打破“钟罩”，破除所有权隔离。这就需要走出现存的经济和法律疆界。

我并不把资本主义看成信条，只是认为，我们暂时没有更好的促进发展和减少贫穷的办法。就我而言，如果在我的一生里能出现比以所有权为基础的资本主义制度更好的制度(我很怀疑这一点)，我会改变我的立场，因为我非常相信人类有能力发展出令人吃惊的新方法来提高生活水平。我不愿意为资本和所有权而死。我愿意为之付出生命的是——姑且这么说吧——是那些使我们能够和平发展的原则：自由、同情、对社会契约和机会均等的尊重。

我很高兴自己来自于第三世界，因为这代表着一个无与伦比的挑战，即向以市场为基础的资本主义制度转变，而同时又不会产生暴力和在西方国家里依然存在的歧视和特权现

象。如果我们能做到这一点，我们就能了解世界上大多数人的种种愿望和动力——他们由于没有表述制度来表达自己而有口难言。一旦资本不再仅仅是西方国家的成功故事，我们就能跨越现实世界的限制，让思想飞向未来。

注释：

① 莱斯特·瑟罗，《资本主义的未来》，第 5 页（纽约，企鹅书局，1996 年）。

② 赫尔南多·德·索托，《另一条道路：第三世界中的隐形革命》（纽约：哈泼和罗出版公社，1989 年）。

③ 新华社，《受到警告的埃及经济改革的边际效应》，1999 年 2 月 4 日（美国有线新闻网报道）。

④ 乔治·F·威尔（George F. Will），《对美德和其他保守观念的追寻》（纽约，西蒙和舒斯特出版社，1982 年）。

⑤ 在一份递交给高门（1923 年之前的奥斯曼帝国政府）的报告中，对造成这一结果的原因有所涉及。但我找不到这份材料。

⑥ 克劳斯·施瓦布和克劳德·斯马加（Claude Smadja），《全球化需要人性化外观》，《国际先驱论坛报》，1999 年 1 月 28 日。

⑦ 蒂姆·帕吉特（Tim Padgett），《新闻周刊》1996 年 9 月 16 日。

⑧ 乔治·索罗斯，《全球化资本主义的危机：受到威胁的开放性社会》，第 27 页（纽约公共事务，1998 年）。

⑨ 尤金·卡门卡（Eugene Kamerka）编辑的袖珍本《马克思》，第 463 页（维京企鹅有限公司，1993 年）。

⑩ 南希·伯索尔和胡安·路易斯·伦敦尼奥，《平等问题上的资产》，《美国经济评论》，1997 年 5 月。

⑪ 尤金·卡门卡编辑的袖珍本《马克思》，第 447 页。

⑫ 托马斯·阿奎那，《理论总结》，1952 年《大英百科全书》，第 672 页。

⑬ 罗纳德·H·科斯，《公司的本质》，《经济学杂志》1937 年 11 月。

⑭ 玛格丽特·博登，《创造性思维》，第 94 页（伦敦，艾伯克斯出版社，1992 年）。

⑮ 丹尼尔·丹尼特，《意图》，《牛津对人类思维的伴随》，由理查德·L·格雷戈